

Indice del 4° numero

SAGGI

- 989 CARLO ARGIROFFI, La tutela compensativa della proprietà
1029 MARIA CRISTINA CERVALE, La regola possesso vale titolo
1060 LUCA DI DONNA, I rimedi nella fase precontrattuale
1102 GIUSEPPE DI ROSA, L'ordinamento italiano e lo spazio giuridico europeo: dal rapporto con l'ordinamento comunitario alla competizione tra ordinamenti
1127 ANTONIO MARIA MARZOCCO, Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell'istanza di mediazione

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- 1164 FRANCESCA BENATTI, La tutela costituzionale del diritto di proprietà in India: storia e prospettive
1191 LUCA DI NELLA, La tutela del garante nell'esperienza tedesca e negli ordinamenti europeo e italiano: la *Mithaftung von Nabereichpersonen*

COMMENTI ALLA GIURISPRUDENZA

- 1241 STEFANO SAJEVA, Contrattazioni «sulla carta» e tutela dell'acquirente di immobili da costruire. Per un'interpretazione secondo Costituzione del d.lg. n. 122 del 2005
1268 BARBARA MASTROPIETRO, L'attività contrattuale della P.A. tra buona fede e interesse pubblico

CRONACHE E ATTUALITÀ

- 1278 GIOVANNI BERTI DE MARINIS, Il «codice del turismo» e la tutela del consumatore
1281 LUCIA RUGGERI, Interpretazione e applicazione delle norme codicistiche: un cammino lungo settanta anni

ATTUALITÀ DEL PASSATO

- 1294 FIORENZO FESTI, Introduzione a «La responsabilità precontrattuale» di Francesco Benatti
1301 GIOVANNI PERLINGIERI, La responsabilità precontrattuale di Francesco Benatti, cinquanta anni dopo

La tutela compensativa della proprietà

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Descrizione di alcuni casi esemplari di tutela compensativa: le accessioni. – 3. Altre ipotesi normative in cui è possibile rinvenire una tutela compensativa. – 4. *Segue*: la vicenda dell'erede apparente.

1. La materia da esaminare nel presente studio sarebbe meno oscura se portasse un sottotitolo esplicativo o didascalico. Meglio un titolo diverso che potrebbe essere del seguente tenore: della facoltà di disposizione. La tutela compensativa serve a salvaguardare, per l'appunto, quel diritto di disporre delle cose che l'art. 832 c.c., in aggiunta a quello di godere, conferisce al proprietario in modo pieno ed esclusivo. Più esattamente la tutela compensativa offre, in taluni casi apparentemente marginali, un'ultima ed estrema garanzia. Essa compare in quelle ipotesi in cui l'ordinamento giuridico, per la protezione di un interesse superiore, organizza e decide l'azzeramento della facoltà di godimento che compete al titolare del più ampio dei diritti patrimoniali.

In queste premesse, al fine di rendere più agevole la lettura, appare necessaria una breve riflessione sul secondo verbo che, nel disegno del codice, contrassegna e caratterizza la definizione proprietaria. Sono persuaso che il potere di disporre non sia una semplice endiadi del diritto di godimento¹; sono convinto che l'azione indicata in quel verbo non possa essere chiarita o spiegata come un mero sinonimo della facoltà di alienazione². Quel secondo potere attribuito al proprietario presenta uno spes-

¹ Per un esame delle varie opinioni sul tema della facoltà di disposizione si veda C. SALVI, *Il contenuto del diritto di proprietà* (artt. 832-833), in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1994, p. 115. Per l'a. citato, comunque, la distinzione tra le due facoltà proprietarie «è un problema di scarso rilievo».

² «Quanto al *potere di disporre*, si avverta che esso comprende – così il potere di disposizione *giuridica*: alienazione [...]; potere di costituire a favore di altri, diritti per lo più reali, ma anche personali [...] – come il potere di disposizione *materiale* (distruggere, consumare, demolire, disboscare etc.)». Così si esprimeva testualmente F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, II, Milano, 1965, p. 318.

«Il verbo disporre, poi, genera una anfibologia. Originariamente esso designava il potere di alienare». Il giudizio è di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, p. 212.

sore concettuale indipendente che si concreta essenzialmente nel diritto di appropriarsi del valore economico della cosa³. Godere e disporre esprimono due facoltà autonome e autosufficienti e di pari dignità, nel senso, ossia, che possono sussistere l'una a prescindere dall'altra. Se nessuno, con piena ragione, ha mai dubitato che il proprietario rimane tale anche se attribuisce ad altri il godimento della cosa, sul medesimo piano logico anche la facoltà di disposizione merita di essere considerata autonomamente. Deve, infatti, essere possibile che il titolare, pur rimanendo proprietario e a volte anche nel godimento del bene, possa trasferire a terzi quel diritto che si cela dietro il verbo disporre. Per dimostrare la esattezza dell'asserzione non occorre consumare molti ragionamenti: l'ipoteca e il pegno dimostrano la doverosa ed autonoma rilevanza concettuale del secondo potere che l'art. 832 c.c. riconosce al proprietario.

D'altra parte proprio sulla facoltà di disposizione, intesa nel senso appena precisato, si è costruita, per tappe oscillanti e faticose, la tutela costituzionale del *dominium*. Al riguardo si può affermare che la garanzia costituzionale si è andata edificando soprattutto in riferimento alla espropriazione per pubblica utilità e alla relativa indennità. Si può aggiungere che il suo quadro di insieme si è poi affinato quando si è discusso sui vincoli imposti per esigenze urbanistiche ed ambientali, completandosi, nelle relazioni tra privati, in occasione delle leggi speciali che sancivano uno svilimento dei canoni locativi. La tutela costituzionale della proprietà si è realizzata unicamente nel riconoscere al titolare sacrificato una somma di denaro rapportata al valore patrimoniale della cosa, anche se non esattamente ad esso corrispondente.

La garanzia costituzionale della proprietà appare moncorde. Nell'applicare la Carta si è preferito trascurare le molteplici prerogative, il complesso delle garanzie, il doppio binario delle tutele e il catalogo delle difese create dalla storia e riproposte dal codice attuale nell'interesse del titolare al fine fargli recuperare, contro ogni possibile ingerenza e lesione, la pienezza delle caratteristiche attribuite al *dominium*. Per quanto attiene alla proprietà, da una pluralità di solide guarentigie contenute nel codice e colorate financo da toni enfatici, si è passati, nella Carta costituzionale, alla protezione di un dato puramente economico. Dalla panoplia degli arsenali difensivi⁴ elaborati da una sedimentazione millenaria e ancora oggi

³ Per una diversa impostazione devono opportunamente richiamarsi, al riguardo, le considerazioni svolte da A. NICOLUSSI, *Lesione del potere di disposizione e arricchimento*, Milano, 1998, p. 35 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, *La proprietà*, Milano, 1999, p. 149 ss.

⁴ L'espressione è di S. FERRERI, *Questioni attuali in tema di azioni a difesa della proprietà*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 810.

conservati, si è pervenuti, nelle applicazioni delle previsioni costituzionali, ad una proprietà appiattita e trasformata nel solo diritto di disporre.

Non bisogna pensare, però, che la tutela compensativa della proprietà posta a protezione della facoltà di disporre ricorra solo nel settore pubblicistico. Nei rapporti tra privati, fin dalle origini⁵, si possono ricordare ipotesi in cui il titolare di beni determinati era destinato a vedere sacrificato il proprio diritto in vista della protezione di una ragione prevalente. Si tratta di circostanze che nel corso dei secoli sono divenute sempre più numerose e che, seppure molto diverse tra loro, presentano un tratto comune, tale da giustificare la emersione di una figura concettuale autonoma. Questa idea si può compendiare nel seguente modo. Un bene oggetto del diritto di proprietà esiste ancora nella sua riconoscibilità e individualità di cosa determinata, solo che, per la tutela di un interesse superiore, l'ordinamento la attribuisce ad un terzo senza il consenso del suo titolare il quale, però, viene compensato della privazione con la elargizione di una somma di denaro⁶. Nei testi normativi tale obbligazione pecuniaria non è quasi mai delineata con una terminologia univoca e sicura. Si può comunque affermare che non si tratta di un risarcimento del danno giacché la responsabilità civile, sia quella da inadempimento sia quella da illecito, presuppone la distruzione di una risorsa nella sfera giuridica del soggetto tutelato.

Per la dimostrazione dell'assunto, ossia per calcolare la distanza concettuale tra la nozione di compenso e quella di risarcimento, si può analizzare il caso del possessore convenuto in rivendica. Costui è tenuto a risarcire l'attore vittorioso se ha distrutto, dopo la citazione, il bene da restituire. In questa circostanza sarebbe persino banale rilevare che non viene preso in alcuna considerazione l'eventuale vantaggio che il possessore abbia potuto ricavare dalla distruzione del bene altrui. L'attore della rivendica che ottiene una somma di denaro come risarcimento si presenta o, come io ritengo, nelle vesti di un creditore insoddisfatto per l'inadempimento dell'obbligazione restitutoria (art. 1218 c.c.), oppure, volendo seguire l'opinione prevalente, come vittima di un fatto illecito (art. 2043 c.c.) causato dal possessore.

Nella ipotesi della tutela compensativa si assiste a qualcosa di profondamente diverso: pur in mancanza della distruzione della sua cosa, colui

⁵ Lo prevedeva una disposizione (6.8) contenuta nelle Dodici Tavole che così disponeva: *tignum iunctum aedibus vineaeque concave ne solvito*. Per scongiurare la distruzione degli edifici e per l'esigenza di evitare che venisse turbata la coltura della vite, si vietò al proprietario dei pali di riappropriarsi dei suoi legni.

⁶ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 904.

che vede sacrificata la propria pretesa diretta al recupero del bene, può conseguire una somma monetaria come compenso della perdita subita e questa viene posta a carico del soggetto avvantaggiato. In questo caso è esclusa la restituzione, non perché questa è divenuta materialmente impossibile per effetto del perimento del bene, così come avviene per la rivendica, ma perché si impone uno scambio di risorse economiche voluto dall'ordinamento per la protezione di un interesse diverso rispetto alla mera tutela proprietaria. Più esattamente interviene un trasferimento *ex lege* del diritto di proprietà a vantaggio di un soggetto che deve elargire una somma di denaro a titolo di compenso. Pur in presenza dei medesimi protagonisti, ossia un proprietario contro un utilizzatore, le caratteristiche della tutela compensativa appaiono assolutamente diverse rispetto alle funzioni e ai segni dei rimedi petitori e dei provvedimenti *ex delicto*. Il rimedio compensativo, da sempre presente nella nostra tradizione giuridica sebbene occultato da formulazioni equivocate, è lontano anche dalla struttura risarcitoria del danno ingiusto. Esso è concesso in quanto l'ordinamento intende offrire una tutela terminale al proprietario nel momento in cui viene sacrificato, e non perché il sistema vuole solidarizzare con la vittima di un illecito⁷. La tutela compensativa non è esperibile contro l'autore di un illecito, bensì contro colui che al momento della domanda, per ragioni più o meno evidenti, è già diventato proprietario della cosa che prima si apparteneva al richiedente.

Prima di procedere oltre cade opportuna un'ulteriore precisazione sulla nozione di proprietà; questa volta non in riferimento ad un aspetto delimitato della sua definizione ma a riguardo della sua intera struttura concettuale.

La proprietà non è solo un problema tecnico: non si può fare finta di ignorare che quel diritto appartiene alla eterna questione metafisica dei rapporti degli uomini tra loro e con le cose del mondo esterno. Forse l'approccio formalistico del giurista, quando si affronta la proprietà, è insufficiente. Non ci si può accostare a questo tema aggrovigliato di motivazioni anche ideologiche e metagiuridiche con la medesima disinvoltura con cui si può analizzare uno dei tanti istituti innocui della vita giuridica quali, ad esempio, il comodato, la forma essenziale dei contratti, l'obbligazione alimentare, la garanzia per evizione e via dicendo; «come se il discorso si potesse esaurire a livello della grammatica del giurista, della messa in opera del raffinato istrumentario tecnico del suo usuale laboratorio»⁸.

Anche il diritto di proprietà è stato di recente oggetto di numerosi e

⁷ A. GAMBARO, *o.c.*, p. 906.

⁸ Così P. GROSSI, *Proprietà (dir. interm.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 230.

pervasivi interventi, non tanto di natura legislativa o dottrinale, quanto soprattutto di origine giurisprudenziale e istituzionale. Le Corti europee e le nostre supreme Corti nazionali si sono pronunziate sul diritto di proprietà, al fine di realizzare quella che si è soliti designare come interpretazione costituzionalmente orientata o interpretazione sistemata secondo i parametri del diritto comunitario. Di fronte ad una alluvionale produzione di sempre nuove norme internazionali europee statali e regionali che danno l'impressione che si inizi sempre da capo, confido che un approccio storico al terribile diritto possa affievolire i rischi dei pregiudizi ideologici che avvulpano il più ampio tra i diritti patrimoniali. Mi auguro che la presenza della memoria, della tradizione e della continuità possa efficacemente neutralizzare la stoltezza di coloro che si muovono esclusivamente nell'orizzonte dell'oggi⁹.

A Roma, sul finire del terzo secolo a.C., differenziandosi dalla *patria potestas* e dalla eterogenea sfera del *meum esse* dell'età patriarcale (*manus, potestas, mancipium*), emergeva la nozione di *dominium*. Al riguardo sarebbe meglio scrivere che, per indicare il medesimo protagonista della scena giuridica, il *pater familias* cominciò ad essere individuato con un nuovo appellativo: precisamente venne designato come *dominus*, in quanto signore della casa. Si trattava pur sempre di un aspetto dell'ampio potere assoluto e onnicomprensivo che era tipico del *ius civile vetus*. Tuttavia dal precedente risalto di un elemento fondato sulla *affectio*, naturalmente inerente alla paternità, si passò a sottolineare un oggetto di quel potere, la *domus*, quasi a ostentare il volto dell'utilità economica della nuova, e allo stesso tempo antica, *potestas*¹⁰. Dopo circa due secoli, accanto al *domi-*

⁹ Appaiono sorprendenti e pienamente convincenti le eleganti e pungenti riflessioni svolte da N. IRTI, *Del ritorno ai classici (e del negozio giuridico nel pensiero di Vittorio Scialoja)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 426.

¹⁰ Tra le numerose prove documentali di questa risalente commistione, nella nozione di *patria potestas*, di aspetti familiari con risvolti squisitamente economici, si può citare, in primo luogo, un brano delle Istituzioni di Gaio (Gai 2, 102). Nel ricordare le due forme arcaiche dell'antico testamento romano ormai cadute in desuetudine al tempo in cui venne redatto il suo manuale, e precisamente quello civile *calatis comitiis* e quello militare *in procinctu*, Gaio menziona il terzo genere di testamento utilizzato al suo tempo *quod per aes et libram agitur* e denominato *mancipatio familiae*. Così viene testualmente descritto: «*is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat*». Gaio sente il bisogno di giustificare per i suoi lettori le stranezze di quella qualificazione del negozio mancipatorio; così spiega che l'oggetto della dazione all'amico non erano, come potrebbe sembrare a prima vista, le persone che componevano la sua famiglia. Infatti il termine *familia* andava inteso come sinonimo di patrimonio.

D'altra parte, ancora oggi nella nostra lingua, si può rilevare una manifestazione di tale antica confusione tra piani familiari ed economici. Per indicare il complesso di beni che appar-

nium ex iure quiritium, che rappresentò comunque il modello eccellente di successive modalità di appartenenza, si sviluppò parallela una proprietà pretoria che, spesso prevalente nel contrasto con la prima, Gaio nel suo manuale definì semplicemente *in bonis habere*. Per i fondi provinciali fuori dall'Italia si possono descrivere altre forme di titolarità, paragonabili al *dominium* e trasmissibili *mortis causa* e *inter vivos*. Per indicarle i giuristi romani, in mancanza di alcuni elementi che permettevano la morfologia della proprietà quiritaria, utilizzarono genericamente il termine *possessiones*; mentre i moderni, quelle forme di appartenenza, le designano correttamente come proprietà *iure peregrino*. Nella lunga storia del diritto romano le forme di appartenenza parallele e coeve, persino preminenti, rispetto al *dominium ex iure quiritium* sono state numerose.

Nell'alto medioevo si assiste ad una nuova civiltà che si è soliti definire possessoria. I giuristi in quei periodi non sentirono, infatti, il bisogno di descrivere la realtà con riferimenti a modelli o tipi. Le forme di appartenenza si basavano su situazioni effettive e concrete di appropriazione, ossia sull'apparenza, sull'esercizio e sul godimento (*gewere, saisine, vestiture*) delle cose e non su astrazioni concettuali. La proprietà durante il medioevo assunse la struttura di una entità composita che sarebbe meglio descrivere al plurale; ammesso che si possa utilizzare la blasonata terminologia dominicale per indicare le varie forme di appartenenza allora esistenti. Le proprietà medievali si modellarono sulla infinita varietà delle cose; non solo, ma all'interno di un medesimo bene si parcellizzarono in una pluralità di attribuzioni coeve a favore di soggetti diversi. L'appartenenza, a differenza di quanto era avvenuto nella esperienza romana, diventava allora una entità frazionabile e quindi si ammetteva la legittimità di più titolarità contemporanee sullo stesso bene, ciascuna ricadente su un determinato potere o soddisfacimento che la cosa poteva assicurare. *Dominia* e *iura in re* (enfiteusi, superficie, concessioni fondiari a lungo termine, locazioni) non costituivano contrapposizioni logiche. I diritti reali parziari non rappresentavano una limitazione alla proprietà; né tantomeno venivano concepiti come una compressione alla tendenziale assolutezza dei *dominia*, ma componevano insieme la complicata sfera delle titolarità medievale. I diritti che altri avevano sulle cose erano concepiti come porzioni che concorrevano a formare i diritti più ampi denominati nel loro insieme come *dominia*¹¹. Tutti i titolari erano sorretti da una forza accomunante

tengono ad una persona, si utilizza tuttora un termine che fa riferimento alla patria potestà o, meglio, alla paternità.

¹¹ Per avventura poteva succedere che tutti questi poteri si concentrassero in un unico soggetto che diveniva titolare della proprietà del bene. «Sia ben chiaro che questa proprietà non è

che, lungi da esprimere l'idea della compressione o della elasticità del potere più ampio, chiarisce in qualche modo il complesso significato medievale della appartenenza. A partire dal XII secolo, con il primo insegnamento universitario, si cominciò a catalogare la complessa realtà delle appartenenze utilizzando concetti pseudoromanistici: si inventarono le categorie del dominio eminente, utile e diretto e del quasi dominio, si tentò di tornare sul piano della validità e dei tipi. Con il rinascimento si cercò di dare un'impostazione sapienziale e, per superare la frammentazione possessoria basata sull'uso delle cose, si sperimentò la distinzione tra *le domain eminent ou direct ou utile*, e quindi si inventò una nozione di dominio tendenzialmente agli antipodi dell'idea che si era formata nella riflessione dei giuristi romani. Questi ultimi, in effetti, costruirono le diverse modalità di appartenenza in termini di competizione o prevalenza dell'una rispetto alle altre; sovente, nelle controversie giudiziarie (*actio Publiciana*), le titolarità più recenti travolgevano quelle più antiche, che rimanevano formalmente in vigore.

In breve, volendo riepilogare le ricostruzioni appena effettuate, si può affermare che nel medio evo emersero più forme di appartenenza, tutte prive del requisito della esclusività e della assolutezza, in quanto i vari poteri erano strutturalmente e contemporaneamente assegnati a diversi e distinti titolari, i quali, tra loro non entravano in competizione. Nell'ordinamento romano erano invece affiorate alternativamente più ipotesi di poteri esclusivi e tendenzialmente assoluti sulle cose; tutti i modelli di appartenenza che emersero in quella lunga storia erano scanditi comunque sul *dominium ex iure quiritium*.

Nel sedicesimo secolo comincia la storia moderna della proprietà che vedrà nella codificazione napoleonica e, soprattutto, nella pandettistica tedesca il suo punto definitivo di emersione.

Il tratto essenziale della sua trasformazione può essere descritto nel modo seguente: quanto la proprietà medievale stava nella sua natura composita e complessa, tanto l'idea moderna sta nella sua semplicità¹². In effetti qualche decennio prima della rivoluzione francese, grazie alla nuove

però una realtà monolitica, la sua unità è occasionale e precaria, e ciascuna frazione porta in sé la tensione ad autonomizzarsi e la forza a realizzare lo smembramento [...]. Questa relatività soggettiva e questa unità tanto fragili hanno delle motivazioni precise [...]: si assommano nella volontà dell'ordinamento di costruire l'appartenenza partendo dalla cosa e di condizionarla alle esigenze di questa». Così P. GROSSI, *Proprietà*, cit., p. 246.

¹² «La strada che porta a una proprietà autenticamente moderna corre sorretta e orientata dalla coscienza sempre più viva che essa è un corpo semplice, unilineare, la struttura più semplice possibile; l'approdo è quello d'una semplicità assoluta». P. GROSSI, *o.c.*, p. 247.

idee economiche della scuola fisiocratica¹³, si pervenne alla conclusione che la grave crisi economica allora esistente fosse dovuta principalmente alla mancanza di beni da destinare alla produzione agricola, in contrapposizione al mercantilismo considerato attività sterile. La insufficienza dei mezzi era conseguenza della mancanza di libertà economica che derivava, a sua volta, dalla distinzione tra il dominio eminente e quello utile: nel senso, ossia, che data la parcellizzazione delle titolarità dell'assetto giuridico esistente, diventava impossibile individuare il soggetto al quale conveniva avviare lo sfruttamento economico delle cose produttive. Si progettava l'urgenza di una proprietà unica ed assoluta aperta a tutte le classi sociali, in contrapposizione ai privilegi di cui godevano la nobiltà e il clero e all'immobilismo che da simile situazione scaturiva. Sembrava rinascere l'idea del *dominium* romano dell'epoca tardo repubblicana, riservata ai cittadini a prescindere dalla loro classe sociale. Ed è proprio questo il progetto che i redattori del *code*, forse ubriacati dalla retorica rivoluzionaria della nuova proprietà liberata dai vincoli feudali, hanno voluto realizzare, cacciando via la vecchia mentalità giuridica e rimpiazzandola con la nostalgia della idea mitica e mai esistita di una unica nozione di proprietà caratterizzata dalla assolutezza e dalla intangibilità¹⁴.

Questo concetto normativo, riprodotto nei codici civili italiani, impedisce, o quanto meno dovrebbe impedire¹⁵, che la proprietà possa nuovamente frazionarsi. Le numerose forme di appartenenza esistenti prima della codificazione francese, sono ormai scomparse, trasformandosi, per legge, da entità modulate sulla infinita capacità di utilizzazioni offerte dalle cose, a entità unitaria dimensionata sul titolare.

Un *test* definitivo e un'inoppugnabile certificazione dell'ultimo modello di proprietà si trovano nell'art. 832 c.c. e precisamente nella circostanza seguente: la disposizione contiene una eloquente dissociazione tra la rubrica e il suo contenuto. In altri termini, il contenuto del diritto, espres-

¹³ A.J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969, p. 173.

¹⁴ Sul supposto trionfo della proprietà romanistica nella progettazione e realizzazione del *code*, si vedano le riflessioni di A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 204.

¹⁵ Purtroppo da oltre mezzo secolo risulta prevalente e persuasiva la tesi, a mio avviso inaccettabile sul piano storico, della pluralità degli statuti proprietari. La missione di frantumare la nozione giuridica della proprietà è diventato un gradevole e fortunato aforisma; un evidente guadagno intellettuale nell'analisi del fenomeno proprietario sulle orme dello studio di S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà (con riguardo particolare alla proprietà terriera)*, in S. ORLANDO CASCIO (a cura di), *Atti del III congresso nazionale di diritto agrario*, Palermo, 19-23 ottobre 1952, Milano, 1954, p. 145 ss.

Per un aggiornamento della questione si può opportunamente consultare C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 165. L'autore con convincenti argomenti comunque osserva che «non sembra tuttavia che la nozione unitaria di proprietà sia priva di un concreto riscontro normativo».

samente programmato nel titolo dell'articolo, è sostituito, nel contesto della definizione, dal profilo del proprietario, anziché incentrarsi sulla proprietà, così come invece sarebbe logico aspettarsi. L'esercizio del diritto non è tanto la somma di un godere e di un disporre che appare come una decantazione della logica medievale di una titolarità composita e strutturalmente parcellizzata, ma piuttosto una sintesi di poteri che non ha un contenuto identificabile a priori, se non la presenza legittimante, nell'azione, di un interesse del titolare al suo esercizio. La palese dissociazione esistente tra la rubrica e il contenuto dell'articolo che definisce la proprietà dimostra, al di là di ogni ragionevole dubbio, che se fosse vera l'opinione prevalente della pluralità degli statuti proprietari¹⁶, l'art. 832 c.c. si sarebbe occupato in primo piano delle cose e il titolare dovrebbe subire inevitabili condizionamenti in funzione dei beni oggetto del suo diritto.

Proprio a volere smentire la esistenza di tante titolarità diversificate quanto sono variegiate le cose e molteplici i vantaggi dei beni che possono formare oggetto del diritto, la norma focalizza la definizione sul proprietario piuttosto che sulla proprietà. Non dovrebbero esistere più le proprietà: non sono le cose, il loro uso, la loro organizzazione ad occupare il primo piano della definizione normativa. È il titolare che compie le azioni descritte dai due verbi *godere* e *disporre*, il vero protagonista della proprietà. Non è l'officina delle cose a forgiare la proprietà, ma il titolare che agisce, godendo e disponendo, a rappresentare la sostanza della definizione. Non è vero che il codice nel prospettare l'essenza della proprietà abbia sospinto il titolare in secondo piano. Tornare alle proprietà al plurale significa rimettere indietro l'orologio della storia e significa stravolgere gli esatti termini con cui, confortato dalla analisi storica, si esprime oggi l'ordinamento.

Il contenuto del diritto si può descrivere utilizzando le categorie della pienezza, della esclusività e della assolutezza¹⁷. Tali qualità, evitando i rischi di connotazioni enfatiche e trascurando i territori dell'interesse pubblico, non significano propriamente mancanza di limiti, quanto piuttosto la rinuncia del sistema giuridico a stabilire a priori cosa possa fare il proprietario. L'ordinamento non predetermina, di fronte ad un comprovato interesse del titolare, il contenuto delle azioni che possono compiersi sulle

¹⁶ Un'affermazione declamatoria ancora oggi prevalente considera come un *quid* del tutto ovvio il «naturale pluralismo della proprietà»; così G. CRESPI REGHIZZI, *Proprietà e godimento del suolo agricolo in Cina*, in P. CERAMI e M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, Torino, 2011, p. 195.

¹⁷ Si possono aggiungere i caratteri della realtà, della elasticità, della esclusività, dell'indipendenza, della imprescrittibilità e della perpetuità. Per la descrizione delle singole peculiarità elencate si vedano le considerazioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 151 ss.

cose: tutte in astratto sono possibili e consentite. Come confermano l'art. 833 c.c., predisposto per il divieto degli atti di emulazione, e l'art. 840 c.c., allestito per misurare la profondità del sottosuolo e l'altezza dello spazio sovrastante, la mancanza dell'interesse del proprietario delinea l'unico limite programmato dal codice. Se il proprietario dimostra di avere un interesse, può astrattamente compiere qualsiasi attività sul bene oggetto del suo diritto. Le varietà delle cose non possono influenzare l'essenza della titolarità moderna. L'attuale struttura della proprietà privata comporta il rispetto, anzi meglio, la valutazione positiva delle devianze egoistiche rispetto all'etica comunitaria¹⁸. A questo riguardo, per convincersi della esattezza della riflessione, basta osservare, anche superficialmente, la diversa tecnica adoperata dal codice per definire il contenuto degli altri diritti reali: per i titolari dei diritti parziali è fissato in positivo il modo di utilizzare la cosa altrui.

Se confrontiamo la definizione contenuta nel codice vigente con le altre nozioni che l'hanno preceduta nella storia, possiamo concludere che oggi la sua astrattezza è totale. Con la conseguenza logica inevitabile che la nozione moderna di proprietà non può che risultare unica¹⁹. Non sarebbe oggi immaginabile una distinzione, meglio una contrapposizione, tra proprietà quiritaria e titolarità pretoria e nemmeno una ripartizione tra ciò che compete al dominio utile e quello che pertiene al dominio diretto o eminente.

Alla luce delle considerazioni appena fatte vanno, quindi, respinte quelle reminiscenze malinconiche²⁰ che, nell'indirizzare l'interpretazione secondo

¹⁸ «La proprietà è uno dei pochi istituti giuridici che, nella tradizione giuridica occidentale, è stato costruito e pensato per ospitare le condotte devianti, innovative e rischiose rendendole lecite e protette in un'area circoscritta dell'ordinamento». Così A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Tratt. dir. reali* Gambaro e Morello, I, Milano, 2008, p. 307.

¹⁹ L'astrattezza e la unicità sono due caratteristiche che nell'ordinamento sovente si ritrovano insieme. Provo a fornire una prova della affermazione appena fatta. Se in un determinato contesto storico il modo di trasferire la proprietà di certi beni è unico (*mancipium*), siamo certamente in presenza di un atto astratto e se un atto è astratto, esso è sicuramente unico: esso serve a soddisfare tutte le necessità dei privati, qualunque sia lo scopo che essi intendono raggiungere. Al contrario, se il trasferimento può derivare da una pluralità di atti (art. 1376 c.c.), siamo davanti alla estrema varietà offerta dalla causa contrattuale intesa come affare (*negotium*), nel senso originario del termine che gli antichi Greci chiamavano *sinallagma*.

²⁰ Almeno come linea di tendenza sembra che in un prossimo futuro debba imporsi lo spostamento del diritto di proprietà dal novero dei rapporti economici a quello dei diritti fondamentali dell'uomo, che sono di natura essenzialmente personale e non patrimoniale. Per la Corte di Strasburgo ci sarebbe un *deficit* di tutela dei diritti umani nella disciplina della proprietà privata in Italia. Sul panorama delle opinioni espresse sulla questione si vedano M. TRIMARCHI, *Proprietà e indennità di espropriazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, p. 1035 ss.; M. MICELI, *La tutela della proprietà nell'ambito del sistema delle fonti: tradizione giuridica, prassi interpretativa*

i parametri del diritto comunitario, sembrano rimpiangere il modello del *dominium ex iure quiritium*. Il quale, però, è raffigurato con tale pregiudizio assiomatico da impedire di scorgere che, così facendo, si propone un archetipo che nella realtà storica non è mai esistito.

Occorre molta prudenza nell'adoperare le categorie della nostra scienza giuridica contemporanea per comprendere o ricostruire ordinamenti diversi, sia dal punto di vista temporale che geografico. D'altra parte mi sembra molto azzardato suggerire o, peggio, dare per scontata la esistenza di principi razionali aventi di per se stessi i caratteri della universalità e della invariabilità, tali da costituire le fondamenta degli ordinamenti positivi o, quantomeno, i parametri del loro necessario adeguamento.

La avvertenza appena segnalata può apparire estemporanea, ma essa mi serve per prendere partito su quella che viene segnalata come un ulteriore e ultimo sviluppo del terribile diritto.

Dando séguito a recenti prese di posizione, pare che in un prossimo futuro dovrà assistersi ad una nuova fase di evoluzione del diritto di proprietà: nel catalogarlo si passerà dal novero dei rapporti economici a quello dei diritti fondamentali dell'uomo, che sono essenzialmente di natura personale e non patrimoniale²¹. Sembra, in altri termini, che tra breve alla proprietà, in aggiunta e a completamento delle fasi verificatesi nel passato, andrà attribuito un rilievo insostituibile a tutela dell'individuo e della sua libertà e realizzazione²².

Le attenzioni e gli auspici da più parti manifestati²³ circa le nuove prospettive del diritto comunitario sulle questioni dei diritti fondamentali e sulle loro gerarchie mi sembrano eccessivi: soprattutto se si ha riguardo

e riflessione scientifica, in P. CERAMI e M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione*, cit., p. 303 ss.

²¹ «Non sembra però che tale spostamento sia da approvare, sia perché è del tutto improprio e antistorico l'inserimento della proprietà fra le libertà, sia perché i diritti fondamentali dell'uomo sono solo di natura personale, e non già quelli di natura patrimoniale». In questo modo si è espresso M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 192.

²² «È forse necessario che la proprietà venga emancipata dalla struttura asfittica del Libro III del codice civile per rientrare tra le *categorie ordinanti*, e ciò in quanto vi è la necessità di adeguare la nozione giuridica a quella sociale, politica ed economica, ma anche per esigenze interne alla *scientia iuris* in cui vi è bisogno estremo di categorie ordinanti». In questo modo si pronuncia M. MICELI, *La tutela della proprietà*, cit., p. 310. Desidero osservare che quando nelle argomentazioni del giurista emergono esigenze e preoccupazioni di adeguamento alla realtà sociale, politica o economica, si corre il rischio di elaborare concetti privi di fondamento sulla realtà, del presente o del passato.

²³ Esprime un giudizio analogo, ma su altri presupposti M. TRIMARCHI, *Proprietà*, cit., p. 1044.

alla tutela e alle garanzie già offerte dal nostro ordinamento al diritto di proprietà in relazione ai veri diritti della persona. Nonostante l'evidente ridondanza della nuova sistemazione attribuita al diritto di proprietà, la interpretazione orientata secondo i parametri del diritto europeo si risolve, comunque, nel garantire al titolare la integrità del valore del suo patrimonio. Se è così, non sembra di essere di fronte ad una nuova dimensione della titolarità sui beni del mondo esterno. Si tratta, caso mai, di rinverdire quella forma terminale di garanzia che da millenni viene assicurata dalla tutela compensativa della proprietà²⁴. Compensare il proprietario significa assicurargli, nel momento in cui ragioni superiori giustificano il suo sacrificio, il conseguimento di una somma di denaro vicina al valore di scambio del bene oggetto del diritto. Tutto ciò può sembrare come una novità, come una interessante prospettiva del futuro immediato; ma si tratta pur sempre della conseguenza e della applicazione di una antica garanzia che non ha niente da spartire con i diritti della persona. Suona come una forzatura rappresentare il ristoro economico riservato al proprietario, al quale viene negata la tutela petitoria, alla stregua di una «conseguenza dell'inclusione di tali rapporti nell'ambito dei Diritti umani fondamentali»²⁵. Allo stato attuale non pare, poi, che le Corti europee riconoscano al proprietario quelle difese particolari e ben più penetranti che sono normalmente accordate per le lesioni e il ripristino delle libertà personali violate.

2. Il codice civile offre al proprietario un catalogo di rimedi che, senza alcun rischio di smentita, può essere definito completo e minuzioso. C'è di più. Per neutralizzare ogni immaginabile violazione o lesione sembra che il codice, lasciando sedimentare le difese comparse negli ultimi due millenni, metta a disposizione del proprietario doppie tutele: in aggiunta alla pretesa petitoria o reale, anche un rimedio parallelo di natura diversa. La consegna del bene, per fare uno dei tanti esempi possibili, può essere ottenuta o rivolgendosi al giudice con la rivendica o con la richiesta di adempimento dell'obbligo principale (art. 1476 c.c.) di colui che ha venduto all'attore la cosa determinata. Oppure, se il proprietario di un bene viene spossessato o subisce molestie o turbative, non c'è dubbio che egli potrà scegliere tra un'azione petitoria di rivendica e negatoria o un rimedio possessorio. Negli stessi casi, si aggiunge, il proprietario potrà agire

²⁴ «Non si deve dimenticare infatti che una tutela solo per equivalente monetario cancella la funzione della proprietà come contenitore delle libertà individuali». Così si esprime in maniera assolutamente persuasiva A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 918.

²⁵ M. MICELI, *La tutela della proprietà*, cit., p. 311.

per ottenere il risarcimento del danno in quanto è stato vittima di un illecito aquiliano.

Il cumulo, la concorrenza o l'alternativa tra rimedi *ex proprietate* e quelli personali *ex contractu* non sembrano dare luogo a difficoltà, sia per la giurisprudenza che per la dottrina. Qualche perplessità sorge quando si tratta di mettere in relazione la tutela restitutoria, tipica delle azioni petitorie, con la pretesa del risarcimento del danno per la lesione subita dal proprietario²⁶. In questa sede non è possibile occuparsi degli interessanti aspetti appena indicati, ma è necessario fermare l'attenzione sulla tutela compensativa.

A differenza degli altri rimedi, la tutela compensativa della proprietà non prevede, meglio non consente, difese alternative o cumulabili. Essa assume strutture e forme organizzative incompatibili sia rispetto al rimedio della responsabilità per fatto illecito, sia rispetto alla tradizionale tutela restitutoria. Richiamando le brevi riflessioni contenute nel paragrafo precedente, si può affermare che ricorrano genericamente provvidenze compensatorie quando, a favore del proprietario, esclusi i presupposti dell'illecito e considerata inopportuna la possibilità della reintegrazione, occorre compensare un danno o una perdita, oppure è necessario controbilanciare una differenza economica o ristabilire un equilibrio patrimoniale compromesso. Il tutto però si rende concreto, è opportuno ripeterlo, dal momento in cui chi agisce non è più titolare. Quella compensativa è l'ultima ed estrema tutela offerta alla proprietà; essa entra in funzione, per paradosso inaspettato, dal momento in cui per varie e fondate ragioni, la titolarità viene portata via dalla sfera del soggetto tutelato.

La nozione e la terminologia della tutela compensativa non appartengono al linguaggio del codice. Il legislatore, in tali frangenti, adopera confusamente i termini *restituzioni* (art. 935 c.c.), *separazioni* (artt. 935, 937 e 939 c.c.) e *rivendicazioni* (artt. 935 e 937 c.c.). Quando è previsto un compenso o una indennità a favore dell'attore, a volte accompagnato dal risarcimento del danno, è disposto al contempo che la proprietà venga assegnata, a titolo originario²⁷, ad un usurpatore. A chi si è impossessato

²⁶ Si deve prendere atto che «il campo della responsabilità civile è solcato, ad opera delle norme sul possesso, da scavi asimmetrici» e ciò che emerge «non segue i binari dell'art. 2043». Le parole riportate tra virgolette sono di R. SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1988, pp. 15 e 361.

Scrive di «nebbie che avvolgono i confini tra rimedi restitutori e risarcimento», A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 273.

²⁷ «Va escluso, comunque, il suo carattere traslativo o derivativo»: così M. PARADISO, *L'accessione al suolo* (artt. 934-938), in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1994, p. 55. In senso

delle cose altrui, sarà attribuito il diritto di godere e di disporre, ossia la piena proprietà, e al precedente proprietario dei materiali rimarrà solo un surrogato, ossia il diritto personale alla integrità della propria sfera patrimoniale²⁸.

È interessante indagare sui casi disciplinati dalle norme ora citate, mettendone a fuoco alcuni aspetti poco appariscenti. In essi si possono rinvenire i requisiti della tutela compensativa. Una volta individuati tutti i presupposti e gli elementi del rimedio, sarà poi utile ricercare la medesima configurazione in altre ipotesi normative. La loro esistenza consentirà di affinare con maggiore rigore le peculiari caratteristiche della tutela oggetto del presente studio. Tento allora di riassumere in poche battute la minuziosa e noiosa casistica contenuta negli articoli appena citati.

Si può verificare il caso in cui il proprietario di un fondo porti a compimento costruzioni, piantagioni od opere con materiale altrui (art. 935 c.c.); può riscontrarsi l'ipotesi nella quale, su fondo altrui, le costruzioni, le piantagioni o le opere siano realizzate da un terzo con materiali propri (art. 936 c.c.); può accadere che, sempre su un fondo altrui, tali operazioni siano ultimate da un terzo con materiali altrui (art. 937 c.c.); può succedere che il costruttore di un edificio occupi in buona fede una porzione del fondo attiguo (art. 938 c.c.); può avvenire, infine, che più cose appartenenti a diversi proprietari siano state unite o mescolate in guisa da formare un sol tutto (artt. 939 e 940 c.c.). Ebbene, in tutte queste fattispecie, salva la possibilità materiale di una separazione²⁹ da richiedere entro brevi termini di decadenza, il proprietario del fondo o della cosa principale o dell'edificio costruito, acquista la proprietà del tutto, salvo l'obbligo di corrispondere una indennità, oltre, nei casi previsti di mala fede e colpa grave, il risarcimento dei danni.

A questo punto si suole indagare sulla causa dell'acquisto. Di norma si perviene alla conclusione di inquadrarla, in senso lato, nel principio dell'accessione di cui all'art. 934 c.c., e, in senso stretto³⁰, nell'accessione per incorporazione di mobile a immobile. Poi, per segnalare l'unico caso tra privati di capovolgimento del principio generale dell'accessione secondo

conforme C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 349. Parla di condotte produttive di effetti espropriativi per il *dominus* A. NICOLUSSI, *o.c.*, p. 268.

²⁸ A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 913; L. COLANTUONI, *Tutela della proprietà. I rimedi generali*, in *Tratt. dir. reali* Gambaro e Morello, cit., p. 961.

²⁹ Sulla identificazione delle nozioni di incorporazione e inseparabilità e sulla differenza tra fungibilità dei materiali e separabilità economica rinvio a M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, cit., p. 35 ss.

³⁰ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 345 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989, p. 421.

cui *superficies solo cedit*, si menziona l'ipotesi bizzarra della annessione attrattiva del suolo all'edificio, allorché il proprietario della costruzione acquisisce la proprietà del fondo del vicino, come se il suolo fosse l'accessorio. Visto l'inserimento della titolarità del nuovo *dominus* nel meccanismo dell'accessione, generalmente si afferma, con ottimo fondamento, che il proprietario del suolo acquista a titolo originario; anche perché, si aggiunge, il congegno traslativo prescinde dal consenso del *dominus* della cosa accessoria. Siamo di fronte ad una procedura acquisitiva che deriva dalla semplice congiunzione di due cose distinte e diverse; differenti anche per il solo fatto di non appartenere alla stessa persona. Nonostante la antichità e la spontaneità del principio, caratteristiche che i giuristi romani evidenziavano qualificandolo *iuris naturalis vel gentium*³¹, l'accessione continua «ad apparire in qualche modo sorprendente»³².

Sarebbe parecchio avvincente procedere oltre per approfondire le conseguenze delle osservazioni appena riferite. Della intera vicenda acquisitiva mi interessa però indagare un profilo diverso e, in particolare, tutto quello che, dalle norme in esame, emerge a favore del proprietario sacrificato. Inizio cogliendo alcune idee circa le motivazioni che da molti secoli hanno spinto il sistema giuridico a giustificare l'azzeramento della proprietà della cosa accessoria o incorporata.

Gli articoli del codice che attengono al fenomeno della accessione disciplinano ipotesi molto diverse tra loro, ma che presentano tutte un disegno comune. È molto probabile³³ che l'ordinamento miri, nei casi elencati, ad escludere la contemporanea presenza e permanenza di due distinte titolarità sulle cose che sono state unite e quindi tenda a risolvere il conflitto, favorendo solo uno dei proprietari implicati.

Le norme sulla accessione confermano la presenza di quasi tutti gli elementi che già ho indicato in occasione delle premesse del presente studio, quando ho cercato di precisare, in astratto, ossia senza riferimenti legislativi, il significato della nozione di tutela compensativa. L'oggetto del diritto di proprietà esiste ancora e l'ordinamento, per ragioni di convenienza pubblica, lo attribuisce ad un nuovo titolare senza il consenso del precedente proprietario, il quale viene tutelato mediante il ristoro di una somma di denaro. Il proprietario della cosa accessoria, che sussiste ancora nella

³¹ Gai 2, 73-74: «Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamvis illo suo nomine aedificaverit, iure naturali nostrum fit, quia superficies cedit. Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit».

³² M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, cit., p. 7.

³³ Sulle diverse spiegazioni del fenomeno rinvio alle osservazioni di C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 359 ss.

sua qualità di bene determinato, si trasforma *ex lege* in un semplice creditore di una prestazione pecuniaria. Avviene qualcosa di completamente diverso rispetto a quanto si verifica per la responsabilità da illecito; questo, infatti, presuppone la distruzione di una risorsa appartenente alla sfera giuridica del soggetto danneggiato. Quando si profila la tutela compensativa, si è alla presenza invece di un incremento di ricchezza rappresentato, nei casi in esame, da una nuova costruzione o un nuova piantagione e si assiste, pertanto, ad un puro trasferimento coattivo di risorse ancora esistenti nella loro individualità. Più esattamente, si concretizza uno scambio forzoso tra beni determinati e il loro valore economico (*quanti ea res est*).

Il proprietario dei materiali o del suolo, nel perdere la propria titolarità nelle ipotesi descritte, ha diritto di ottenere il valore dei beni da chi li ha utilizzati o ne ha acquisito la titolarità. Prende corpo in queste ipotesi una indennità sostitutiva della proprietà azzerata, il cui *quantum* può arrivare al *duplum* del prezzo di mercato, e che deriva dall'arricchimento conseguente alle fattispecie acquisitive sopra individuate, ma la cui corresponsione, a ben vedere è del tutto indipendente dall'effettivo realizzarsi dell'acquisto originario. O meglio, l'acquisto si è già verificato automaticamente a prescindere dal pagamento dell'indennizzo. Si tratta di obbligazioni pecuniarie che «costituiscono cioè una conseguenza stabilita *ex lege*, il cui assolvimento non condiziona in alcun modo l'accessione stessa»³⁴.

Il vecchio proprietario dei materiali o del suolo non si presenta in giudizio come vittima di un illecito, ma come titolare di un patrimonio depauperato e, precisamente, come portatore della pretesa che di quelle sostanze ne sia garantita, conservata o ripristinata la relativa consistenza economica. La richiesta non è esaudita con la tutela restitutoria, ma sarà compensata da uno spostamento di risorse che appaga una esigenza superiore rispetto alla semplice salvaguardia e alla mera conservazione del godimento relativo al precedente diritto di proprietà³⁵.

In caso di accessione, per il proprietario della cosa incorporata è esclusa la tutela petitoria; la quale consiste essenzialmente, come dimostra e garantisce l'azione di rivendica, nel ripristino della facoltà di godimento attraverso il recupero del possesso. In caso di accessione, per il vecchio proprietario della cosa incorporata è assicurata e conservata soltanto la facoltà di disposizione; scritto in termini diversi, gli è conservato soltanto il di-

³⁴ M. PARADISO, *L'accessione al suolo*, cit., p. 221.

³⁵ «Il principio di attrazione reale della proprietà della cosa principale risponde ad un'elementare esigenza di economicità giuridica, cioè l'esigenza di salvaguardare il razionale godimento del bene, pregiudicato dalla concorrenza di diritti altrui su singole porzioni del bene stesso». In questo modo, pienamente convincente, si è espresso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, VI, cit., p. 350.

ritto di appropriarsi del valore di scambio del bene che, comunque, non gli deve essere restituito. Sotto il profilo economico appare evidente l' analogia con lo schema della espropriazione per pubblica utilità, con l'ipotesi, ossia, del proprietario che subisce una occupazione acquisitiva della pubblica amministrazione, per la quale, non a caso è stata coniata l'espressione di *accessione invertita*. Quando si materializza una tutela compensativa risulta esclusa qualsiasi difesa alternativa: questo è un dato che va evidenziato. Appare opportuno aggiungere che, quando si concretizzano gli estremi di una tutela compensativa, non è logicamente possibile raggiungere il medesimo risultato riparatore per altre vie. Infatti, come sancisce espressamente l'art. 934 c.c., gli indennizzi sono esclusi se esiste una diversa volontà contrattuale delle parti interessate alla vicenda acquisitiva dell'usurpatore.

Giunti a questo punto, mi sembra interessante chiarire il significato di alcuni vocaboli adoperati impropriamente dal codice, rafforzando, in questo modo, alcune delle soluzioni proposte.

Il legislatore, come si legge nell'ultimo comma dell'art. 935 c.c., designa l'azione intrapresa dal proprietario dei materiali incorporati nella cosa altrui con l'impegnativo nome di rivendica. Il rimedio per recuperare le materie e i vegetali utilizzati illegalmente dal proprietario del suolo per le proprie costruzioni o piantagioni deve essere attivato nel breve termine di sei mesi, decorrenti dal giorno in cui il titolare delle cose accessorie ha avuto notizia della incorporazione. Il nome di rivendica e il medesimo lasso di tempo per il suo esercizio ricorrono, poi, nel secondo comma dell'art. 937 c.c., per il caso delle opere fatte, non dal proprietario del suolo, ma da un terzo con materiale altrui. È stato esattamente osservato che non appare per niente chiaro in qual modo un periodo temporale così accorciato possa rendersi coerente con il carattere perpetuo della rivendica³⁶.

A prima vista sembrerebbe che il proprietario dei materiali si trovi di fronte ad un soggetto convenuto il cui profilo rientra perfettamente nella definizione di possessore³⁷, così come la sua figura è precisata nell'art. 1140 c.c. Il proprietario del suolo, per realizzare le proprie costruzioni o piantagioni, si è comportato come un possessore, ossia manifestando un'attività perfettamente corrispondente alla piena titolarità dei materiali o dei vegetali altrui. La piena conformità alla figura del possessore per il proprietario del suolo che, per le sue costruzioni, utilizza materiali altrui sembrerebbe poi rafforzata dall'art. 1150 c.c. dettato in tema di diritti e obblighi del possessore tenuto alla restituzione della cosa. L'ultimo comma

³⁶ C.M. BIANCA, *o.c.*, p. 354.

³⁷ R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. dir. reali* Gambaro e Morello, cit., p. 427.

della norma appena citata rinvia, per le addizioni fatte dal possessore, proprio al disposto dell'art. 936 c.c.

Nonostante il concorrere di questi indizi, occorre prendere atto, però, che la tutela compensativa che si attiva a séguito della accessione implica, a ben vedere, un capovolgimento della situazione rispetto ai presupposti della rivendica. Il possessore convenuto, ossia il proprietario del suolo, è diventato il nuovo titolare, e al precedente proprietario dei materiali rimane soltanto un ristoro economico, ossia il diritto di pretendere il ripristino della integrità dei valori della propria sfera patrimoniale. In breve, la tutela compensativa della proprietà, opera in modo completamente diverso, per non dire opposto, rispetto ai rimedi restitutori, il cui archetipo è costituito dalla rivendica. Se a colui che agisce per ottenere la restituzione della propria cosa, il legislatore offre, non la riconsegna, ma solo un indennizzo, oltre ad un eventuale risarcimento, a carico di chi trattiene il bene, è evidente che ci troviamo di fronte a rimedi lontani dall'azione di rivendica. La quale mira comunque e da sempre, accertata la titolarità in testa all'attore, a fargliela riavere nella sua materiale identità e determinatezza³⁸. È altrettanto evidente che in queste ipotesi non ricorrano nemmeno i presupposti della responsabilità per fatto illecito; al contrario nel caso della accessione siamo di fronte a fenomeni di creazione e non di distruzione di ricchezza³⁹.

Nell'art. 948 c.c., al possessore che non restituisce, per fatto proprio, la cosa rivendicata, l'attore può chiedere il risarcimento del danno il cui importo deve essere poi restituito, quando e se il proprietario conseguirà dal terzo la riconsegna del proprio bene. Allorché si tratta di tutela compensativa, l'attore non può ottenere mai la restituzione, nemmeno successivamente da un terzo, per la decisiva ragione che il convenuto è diventato il nuovo proprietario alla luce di criteri di pubblica utilità, avuto riguardo, come si è soliti ripetere in tema di accessione, alla conservazione di beni nell'interesse dell'edilizia e dell'agricoltura⁴⁰.

A questo punto credo che si possa scrivere il seguente principio.

Non è più proprietario colui che, avendo perso la materiale disponibilità della propria cosa, agisce in giudizio e si vede riconoscere solo una

³⁸ In senso decisamente contrario A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 911. Non è rispondente al vero quanto afferma l'autore citato, ossia che nel diritto romano classico la rivendica non mirava al recupero del bene, ma si concludeva normalmente con la condanna pecuniaria della *litis aestimatio*. Per la dimostrazione dell'assunto rinvio a M. MARRONE, *La legittimazione passiva alla rei vindicatio*, Palermo, 1970, p. 19.

³⁹ A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 273.

⁴⁰ Per maggiori approfondimenti si veda A. NICOLUSSI, *o.c.*, pp. 269 e 340 ss.

indennità in luogo della restituzione del bene. L'attribuzione di un semplice ristoro compensativo, ossia di un rimedio monetario, a salvaguardia della sola integrità economica del patrimonio con la conseguente perdita del diritto alla riconsegna implica, non solo la perdita della facoltà di godimento, ma, logicamente l'azzeramento della precedente titolarità. Un rimedio che trasforma il proprietario nel creditore di una somma di denaro comporta che la proprietà ha perso, ammesso che l'abbia mai avuta, la funzione di rappresentare un contenitore delle libertà individuali⁴¹. Questo principio ha in sé un corollario non eliminabile e della massima importanza: la tutela compensativa, a differenza degli altri rimedi progettati a protezione della proprietà, non ammette difese alternative o il concorso di provvidenze cumulabili o la possibilità di intraprendere percorsi processuali successivi volti a recuperare il bene.

È proprietario, per converso, solo colui al quale è data la possibilità di conseguire, con una sentenza, la materiale disponibilità della cosa: credo che sia ancora oggi esatto ripetere il vecchio brocardo di origine medievale secondo cui *dominus dicitur qui rei vindicationem habet*. La rivendica è appunto, facendo una parafrasi dell'art. 948 c.c., quella azione nella quale il giudice, accertata la titolarità in testa all'attore, è tenuto a condannare il possessore a restituire la cosa nella sua materiale identità e determinatezza. Il convenuto è comunque vincolato, a proprie spese, a recuperarla per essere in grado di consegnarla all'attore; in mancanza, è obbligato a corrispondere il valore della cosa non restituita, oltre a risarcire il danno. Il conseguimento del ristoro monetario al posto della consegna materiale della cosa, non esclude, a differenza di quanto avviene nella soluzione indennitaria, la possibilità che il proprietario possa procurarsi dal nuovo possessore la restituzione della cosa. Se la consegue, dovrà restituire al precedente possessore la somma a suo tempo ricevuta in luogo del bene, allo scopo, si precisa, di evitare un ingiustificato arricchimento.

La rivendica, a differenza della tutela compensativa, offre al proprietario la restituzione del bene a protezione della sua integra facoltà di godimento; la rivendica offre al proprietario la tutela alternativa del risarcimento del danno, quando il convenuto non è in grado di eseguire la consegna; la rivendica non pregiudica al proprietario la possibilità di un percorso processuale successivo per conseguire, comunque, il godimento del bene che ancora gli appartiene. Nell'esercizio della seconda rivendica contro il nuovo possessore, costui, ovviamente non potrà eccepire (*ne bis in idem*) che l'attore, per lo stesso bene, ha già conseguito il soddisfacimento

⁴¹ Ottimamente A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 918.

in denaro della sua pretesa restitutoria. Altrimenti non avrebbe senso la contraria e chiara disposizione contenuta nell'art. 948 c.c. che mira ad evitare l'arricchimento del proprietario obbligandolo, dopo avere conseguito la riconsegna della cosa, a restituire al precedente possessore la somma ricevuta al posto del bene.

3. Come emerge dalle considerazioni fatte, gli elementi essenziali della tutela compensativa si possono riepilogare anche nel modo seguente.

Per prima cosa deve potersi evidenziare il disegno che ha indotto l'ordinamento a perseguire uno scopo ulteriore rispetto alla semplice conservazione del diritto di proprietà. Nei molteplici casi di accessione quell'intento si può trovare nella necessità di salvaguardare, nell'interesse dell'edilizia e dell'agricoltura, strutture appena realizzate. Tale obiettivo si raggiunge, innanzitutto, proibendo la separazione dei vari materiali che compongono l'edificio o negando lo smembramento di qualsiasi manufatto allestito sopra o sotto il suolo; del pari, impedendone l'espianto, si scongiura il perimento della cultura. Con la previsione della accessione il codice non si limita, però, a tutelare la durata di beni patrimoniali appena fabbricati. Si vuole, altresì, evitare un ulteriore rischio: quello delle liti successive che deriverebbero dalla contemporanea presenza di distinte titolarità sulle diverse cose che sono state unite per formare un nuovo bene, prima inesistente⁴². Le differenti titolarità sui vari materiali impiegati per realizzare la struttura sono destinate logicamente, *iure naturali* scrissero i giuristi romani, a fondersi in un solo patrimonio. Nelle ipotesi di acquisto della proprietà per accessione assistiamo ad «una combinazione non concertata di fattori di produzione»⁴³ che premia colui che fa costruzioni, piantagioni od opere con materiali appartenenti ad altri o sul suolo del vicino. Queste persone perdono la possibilità di recuperare i beni ancora esistenti nella loro concreta determinatezza. Per esse si azzerà anche la possibilità di ottenere l'integrale risarcimento del danno, in aggiunta al valore delle cose non restituite. Il proprietario del suolo o dell'edificio, os-

⁴² Lo stato delle fonti al riguardo è poco chiaro. Sembra, per un verso, che in diritto romano (D. 41, 2, 30 Paul. 15 *ad Sab.: qui universas aedes possedit, singula res, quae in aedificio sunt, non videtur possedis*), se il proprietario dell'edificio non fosse anche proprietario di alcuni materiali impiegati nella costruzione, non avrebbe potuto usucapirli. Pertanto se l'edificio fosse andato in rovina o fosse stato demolito, poteva accadere che la proprietà dei materiali, rimasta quiescente, si risvegliasse e, pertanto, il *dominus* di essi avrebbe potuto rivendicarli. D'altra parte Gaio, nel brano citato nella precedente nota 31, sembra affermare l'esatto contrario, concludendo per l'acquisto immediato *iure naturali* della proprietà dei materiali a vantaggio del proprietario del suolo sul quale è edificato l'edificio.

⁴³ A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 309.

sia colui al quale è riconosciuto l'intero profitto giuridico della operazione che si manifesta in applicazione dell'istituto della accessione, dovrà al proprietario usurpato ed azzerato un compenso o indennizzo i cui addendi differiscono dagli ordinari criteri che generano la somma dovuta a titolo di risarcimento del danno. Questa differenza non significa necessariamente un minore ammontare del dovuto nel rimedio compensativo rispetto all'illecito. In un caso estremo, infatti, la somma da corrispondere al vecchio proprietario della cosa accessoria, potrà arrivare anche al doppio del valore di mercato. Tale compenso monetario rappresenta sempre un ristoro, meglio l'ultima protezione in conseguenza della avvenuta privazione della proprietà e si connette alla facoltà di disposizione che rimane al titolare ai sensi dell'art. 832 c.c.

In seconda battuta esiste un'altra condizione che caratterizza, questa volta con significato inequivocabile, la tutela compensativa. Si è sicuramente alla presenza di questo particolare rimedio, quando a colui che agisce in giudizio viene rivolto un trattamento opposto rispetto a quello riservato all'attore della rivendica.

Richiamo l'attenzione di chi legge sulla mozione appena formulata, perché incentrerò proprio su tale esame comparativo la mia proposta interpretativa.

Negli ultimi due millenni, nessuno, ad eccezione forse dell'imperatore Giustiniano, ha mai messo in dubbio che l'azione di rivendica spetti al proprietario. Se questa certezza corrisponde al vero, ne deriva una inevitabile ed essenziale conseguenza. Ciò che è possibile conseguire con la rivendica rappresenta la dimensione identificativa con la quale si riconosce il proprietario e il tipo di tutela offertagli, contro il più pericoloso dei suoi avversari.

Nella contesa petitoria, quando l'attore ha dimostrato, fugando ogni ragionevole dubbio, di essere il proprietario, il giudice deve emettere una sentenza di condanna del possessore alla restituzione della cosa. Se il convenuto non la consegna è obbligato a risarcire il danno, oltre a corrispondere il valore della cosa. L'attore vittorioso, ottenuto il surrogato monetario derivante dalla mancata restituzione, potrà agire contro il terzo per conseguire la materiale disponibilità del bene. Il convenuto della seconda azione petitoria non potrà opporre, a chi pretende il ricongiungimento del proprio diritto al possesso, il ristoro monetario ottenuto dal precedente convenuto risultato inadempiente all'obbligo di restituzione. Tanto è vero che, per espressa disposizione dell'art. 948 c.c., il proprietario, se consegue dal secondo avversario la consegna del bene, deve restituire al precedente possessore la somma ricevuta in luogo della cosa. Il tutto, ovviamente, per evitare un ingiustificato arricchimento del proprietario che ha esercitato, per lo stesso bene, una doppia rivendica.

Quella appena delineata è proprio la misura e lo spessore della tutela processuale che identifica il proprietario. La rivendica vede schierati su fronti opposti il proprietario e un usurpatore, che prende il nome tecnico di possessore e che, per un beffardo paradosso, è anche uno dei soggetti più protetti dall'ordinamento. È il caso di ricordare, al riguardo, che il possesso di cosa appartenente ad altri è sempre una violazione del diritto di proprietà. È il caso di aggiungere che persino il possessore di buona fede è identificato dal codice come colui che, pur non sapendolo, lede comunque la titolarità altrui. Se esistono rimedi giudiziari che, in relazione al trattamento, parificano chi agisce con il convenuto della rivendica oppure riconoscono al convenuto gli stessi risultati previsti per l'attore della rivendica, vorrà dire di essere in presenza di una forma di tutela compensativa della proprietà: ossia di un rimedio processuale esercitato da chi non è più proprietario contro chi è divenuto il vero proprietario. In breve, quando si realizza una tutela compensativa, al precedente proprietario sacrificato è riservato un trattamento opposto rispetto a quello che emerge dall'esercizio dell'azione di rivendica.

4. Alla luce di questa riflessione provo ad affrontare il tema dell'erede apparente, per il quale ricorre, ne sono persuaso, una ipotesi di tutela compensativa. La successione *mortis causa* genera una di quelle situazioni esemplari per le quali al codice, per il modo con cui è organizzato il nostro diritto ereditario⁴⁴, conviene sacrificare il diritto di proprietà in vista della protezione di un interesse superiore. Per prima cosa cerco di individuare il punto di vista che, nella materia successoria, giustifica tale azzeramento.

Anche se la nozione di eredità è configurata in termini di *universum ius*, con la accettazione l'erede acquista, nel senso precisato dall'art. 922 c.c., la proprietà dei singoli beni compresi nel patrimonio del *de cuius*. La nuova titolarità si consolida senza soluzione di continuità, ossia risalendo indietro al momento nel quale si è aperta la successione. Da tale data decorre anche il termine decennale di prescrizione, come lo definisce l'art. 480 c.c., entro il quale il chiamato deve accettare. In questo lasso di tempo si corre il rischio che nessuno voglia rendersi acquirente di un bene caduto in successione, perché nessuno è in grado di sapere e, quindi, di dare per certo che chi aliena un bene dell'asse sia il vero erede e quindi l'effettivo proprietario e non un mero usurpatore. Usando la normale diligenza risulta oggettivamente impossibile, sia per gli stessi chiamati che per i terzi, accertare se un testamento sia stato o meno revocato, oppure, nel

⁴⁴ F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 200.

caso di successione legittima, essere sicuri della assenza di parenti più stretti del defunto⁴⁵.

L'ordinamento avrebbe generato un grave rischio se, nelle vicende successorie, avesse deciso di tutelare comunque il diritto di proprietà del vero erede, sia contro le ragioni di chi appare come un successore universale o di chi possiede, essendo in buona fede, beni caduti nella successione, sia contro le legittime aspettative degli eventuali terzi aventi causa. Se si fossero garantite senza esitazioni le ragioni proprietarie, sarebbe dovuta cadere sotto la regola della inefficacia la alienazione compiuta da chi non è il vero erede. Nei confronti dell'usurpatore, poi, dovrebbero scattare, a favore del terzo acquirente, i pesanti effetti economici della evizione. La circolazione dei beni caduti in una vicenda successoria risulterebbe, quindi, paralizzata, se il codice avesse tutelato, sino alle estreme conseguenze logiche, il diritto dell'erede effettivo. Si è fatta strada anche in questo settore del sistema successorio l'esigenza oggettiva, tipica degli ordinamenti moderni, di dare la prevalenza alla sicurezza dei traffici, sacrificando la difesa della sicurezza dei diritti soggettivi⁴⁶.

Per la realizzazione di questo disegno, che vede un sostanziale ridimensionamento del diritto di proprietà, o meglio il sorgere di una ipotesi di una tutela compensativa per il titolare azzerato, sono state dettate le disposizioni contenute negli artt. 534 e 535 c.c. e nell'art. 1776 c.c. Le prime due norme sono scritte in riferimento all'azione con cui l'attore chiede il riconoscimento della propria qualità di erede; la terza prevede il caso dell'erede vero che, credendole sue, aliena a terzi le cose ricevute in deposito dal proprio *de cuius*. In effetti, in tali vicende del fenomeno successorio, ci troviamo di fronte a quella stessa dimensione concettuale di interesse pubblico prevalente rispetto alla mera tutela della proprietà, che ha trovato più agevole spiegazione nella espropriazione per pubblica necessità ovvero un più confortevole riscontro storico nei numerosi casi di acquisto per accessione. Vanno segnalate, però, alcune differenze quantitative. Mentre nelle due ipotesi esaminate nei paragrafi precedenti la protezione della nuova titolarità contro la proprietà anteriore è assoluta, nel caso del conflitto dell'erede vero contro quello apparente e contro il terzo acquirente, il sacrificio cui va incontro il proprietario subisce, per sua fortuna, eque e opportune limitazioni.

A questo punto sarebbe veramente interessante, per la questione ereditaria, illustrare e prendere posizione sulle varie giustificazioni fornite in ordine alla salvezza dei diritti acquistati dai terzi. Si è fatto leva sulla no-

⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, 2ª ed., Milano, 1985, p. 495.

⁴⁶ F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, cit., p. 199; A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 197.

zione generale di apparenza; si è immaginata l'esistenza di un potere di rappresentanza attribuito *ex lege* all'erede apparente; si è costruita una nozione di legittimazione ad acquistare a favore del terzo di buona fede e a titolo oneroso; si è proposta una visione squisitamente processualistica della salvaguardia del diritto del terzo; si è aggiunto, infine, un nuovo episodio da inserire nei congegni non unitari degli acquisti *a non domino*⁴⁷. Invece di prendere partito sulle spiegazioni teoriche, compito questo che mi sarebbe particolarmente gradito, mi preme analizzare i meccanismi di salvezza previsti dalle norme sull'azione di petizione di eredità per riscontrare l'esistenza di un caso di tutela compensativa.

L'art. 533 c.c., nell'indicare i presupposti dell'azione di petizione di eredità, declama «*contro chiunque*» la sua finalità essenzialmente restitutoria. Il tenore linguistico della disposizione e la perentoria energia che si manifesta destano stupore: specialmente se, in comparazione, si procede alla lettura dell'art. 948 c.c. In riferimento alla rivendica, il codice, almeno in modo palese, si è dimenticato di imporre al possessore convenuto l'obbligo della restituzione. Eppure nessuno ha mai dubitato che la rivendica, senza alcuna limitazione operativa, si esercita allo scopo di ottenere il recupero della cosa da chiunque sia in grado di restituirla.

Nonostante l'enfasi della programmazione che si evince dall'art. 533 c.c., la forza reipersecutoria dell'azione successoria risulta alquanto ridimensionata. Alla stregua di reali e specifiche rettifiche limitative alla piena efficacia recuperatoria dell'azione, i successivi due articoli disciplinano tre relazioni intersoggettive che si possono sintetizzare nel modo seguente. L'art. 534 c.c. regola i rapporti tra il vero erede e alcuni terzi che a certe condizioni risultano protetti, pur essendo acquirenti dall'usurpatore. L'art. 535 c.c. prevede, a carico dell'usurpatore, speciali obblighi pecuniari che, comunque, limitano il contenuto astratto e potenziale della sua eventuale responsabilità; nonché, per un completamento di disciplina doveroso e opportuno, il medesimo articolo indica alcune pretese azionabili dall'erede vero nei confronti del subacquirente. Quest'ultima disposizione riguarda di sfuggita e per aspetti limitati anche una terza relazione e precisamente quella intercorrente tra l'erede apparente e il suo avente causa.

Come ho scritto nel paragrafo precedente, la prova sicura della tutela compensativa si rinviene essenzialmente nella comparazione dell'azione di petizione di eredità con il trattamento intersoggettivo che si desume dalla norma sulla rivendica. Anche nell'azione a difesa della proprietà sono disciplinate le relazioni intersoggettive tra il proprietario, l'usurpatore e il

⁴⁷ Per un quadro delle diverse giustificazioni rinvio a F.D. BUSNELLI, *o.c.*, p. 198 ss.

terzo avente causa. Se il trattamento riservato all'attore della rivendica non corrisponde a quello dell'erede che esercita la petizione ereditaria, vorrà significare che in alcuni frangenti l'erede vero vede sacrificato il proprio diritto al recupero del bene che gli appartiene; così come d'altra parte emerge nei casi di accessione per chi era il proprietario della cosa accessoria.

Prima di procedere oltre nell'esame delle relazioni intersoggettive intercorrenti tra i tre protagonisti della fattispecie relativa alla petizione di eredità cade opportuna, per agevolare la programmata analisi comparativa, una ulteriore e breve riflessione, della quale poco sopra ho già fatto cenno. Essa riguarda, in particolare, il bizzarro modo di legiferare adottato dal codice per la vicenda successoria. A differenza della norma sulla rivendica, la disciplina dell'azione con la quale si chiede il riconoscimento, per l'attore, della sua qualità di erede è scritta elencando alcune eccezioni ad una regola generale che sembra enunciata in maniera sovrabbondante. La quale si può stilare, ridimensionandola, nel modo seguente: l'erede può recuperare le cose pervenutegli dal *de cuius* dalle mani di chiunque, ad esclusioni delle ipotesi espressamente contenute negli artt. 534 e 535 c.c. Per queste eccezioni, al posto del mancato recupero del possesso, l'attore può ottenere una somma di denaro, la cui quantificazione risulta esattamente indicata dalle norme citate, ma che, comunque non corrisponde al valore del bene materialmente non restituito. Se le eccezioni non ricorrono, vorrà dire, per come si esprime in maniera singolare il codice, che troverà applicazione il principio generale, sancito enfaticamente dall'art. 533 c.c., secondo cui il proprietario può ottenere la restituzione dei beni ereditari contro chiunque.

Il modo con cui è organizzata la disciplina della petizione di eredità appare intricato e confuso, anche sotto un diverso profilo. Il codice, con una curiosa inversione logica e temporale, inizia dallo scontro processuale tra l'erede e i terzi acquirenti dall'usurpatore e soltanto dopo, nel successivo art. 535 c.c., prende in esame le ragioni dirette del proprietario nei confronti dell'erede apparente o del mero possessore di beni ereditari. Per il momento non riesco a valutare le ragioni di una simile tortuosità: come se nella rivendica l'art. 948 c.c. avesse disciplinato prima il duello tra il proprietario e i terzi acquirenti dal convenuto soccombente e poi quelli diretti tra proprietario e possessore. Come se, aggiungo passando ad un altro esempio, nel contrasto processuale tra chi ha pagato l'indebito e chi lo ha ricevuto, il codice cominciasse dalla connessione del terzo subacquirente dall'*accipiens* nei confronti del *solvens*, per poi passare allo scontro diretto tra i due effettivi protagonisti della *condictio*.

Seguo, comunque, l'ordine stabilito dal codice. L'art. 534 c.c. regola lo scontro processuale che vede schierati su fronti opposti l'erede,

nelle vesti di attore, contro l'avente causa da chi ha posseduto a titolo di erede o senza titolo⁴⁸. I contendenti, come puntualmente precisa la rubrica dell'articolo, sono reciprocamente terzi, giacché tra loro non intercorre alcuna relazione negoziale. Riconosciuta all'attore la qualità di erede, il giudice non può tuttavia condannare il convenuto alla restituzione se risultano soddisfatti due requisiti. Il convenuto deve avere acquistato dall'usurpatore a titolo oneroso e deve provare, in seconda battuta, che la convenzione si è svolta secondo le regole del comportamento corretto. Solo se nel corso del processo è stata verificata la esistenza di queste due condizioni, è salvo, come si esprime il codice, il diritto acquistato dal convenuto.

La salvezza dei diritti dei terzi aventi causa dal falso erede non è delimitata solo dai requisiti della onerosità del loro titolo e dalla prova di avere contrattato in buona fede. Se la controversia ereditaria riguarda immobili o mobili registrati, gli acquisti dei terzi non hanno effetto, ossia non sono salvati, se il loro titolo e quello del loro dante causa contro il *de cuius* «non sono stati trascritti anteriormente alla trascrizione dell'acquisto da parte dell'erede o del legatario vero, o alla trascrizione della domanda giudiziale contro l'erede apparente».

Se, in aggiunta ai presupposti descritti dal secondo comma, non si verifica anche la condizione appena riprodotta e testualmente ricopiata dall'ultimo comma dell'art. 534 c.c., i terzi devono restituire all'erede, che ha provato la sua qualità, i beni contenuti nella successione.

Fin qui siamo di fronte al gioco delle trascrizioni con un funzionamento perfettamente rientrante nell'ambito della norma generale di cui all'art. 2644 c.c.⁴⁹. Se il terzo non può invocare le due condizioni della onerosità e della correttezza contrattuale, ma soltanto la anteriorità della trascrizione del proprio titolo, può fare leva su una particolare ipotesi di pubblicità cosiddetta sanante o costitutiva prevista al n. 7 dell'art. 2652 c.c. Se è trascorso un quinquennio dalla trascrizione dell'acquisto del terzo dall'erede apparente, la sentenza che accoglie la domanda dell'erede non pregiudica il terzo di buona fede anche se l'acquisto dall'usurpatore è avvenuto a titolo gratuito. In questo caso, trattandosi di buona fede soggettiva e a differenza di quella oggettiva prevista nel secondo comma dell'art. 534 c.c., lo stato psicologico del soggetto si presume.

Cerco di mettere ordine in questa intricata vicenda successoria, pro-

⁴⁸ Si discute se la figura dell'erede apparente vada tenuta distinta rispetto a quella del possessore di beni ereditari. Per la differenza si è pronunziato F.D. BUSNELLI, *o.c.*, pp. 198 e 204; per la unificazione, in maniera persuasiva, è A. NICOLUSI, *Lesione*, cit., p. 223 ss.

⁴⁹ Per questa soluzione si vedano le riflessioni di F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Cod. civ. Comm.* Schlesinger, Milano, 1993, p. 135 ss.

vando ad approfondire alcuni aspetti della stessa. Si tratta di una tutela processuale piena di rimandi affastellati da elementi tra loro incoerenti quali stati psicologici, correttezza di comportamenti negoziali, profili causali degli acquisti, l'ordinaria valenza dichiarativa della trascrizione, ipotesi singolari di pubblicità sanante e, infine, il decorso del tempo a prescindere dal possesso o dalla prescrizione o dalla decadenza. Se oggetto della contesa ereditaria è la proprietà di un bene immobile o un diritto equiparato, il terzo acquirente fa salvo il suo acquisto se ricorrono in alternativa le due ipotesi seguenti. Nelle quali sembrano mescolati a caso, con una procedura di stampo alchimistico, gli elementi sopra elencati.

La prima possibilità di salvezza è rappresentata dal titolo negoziale, il quale deve risultare oneroso e correttamente contrattato. Il medesimo titolo deve, inoltre, essere trascritto contro l'usurpatore, il cui acquisto, per la regola della continuità, deve a sua volta essere trascritto contro il *de cuius*. Entrambi i titoli appena elencati, comunque, devono essere inseriti nei registri immobiliari prima della trascrizione dell'acquisto dell'erede vero. Questa prima salvezza del subacquirente è contenuta nell'art. 534 c.c.

Vengo ora alla seconda alternativa di salvaguardia del diritto del terzo acquirente convenuto nel giudizio di petizione di eredità, ossia, per scriverlo in modo più raffinato e complicato, in una procedura contenziosa nella quale «si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte». In aggiunta a «quanto è disposto dal secondo e terzo comma dell'art. 534 c.c.», l'appena richiamato art. 2652 c.c., al suo numero 7, dispone persino la salvezza della donazione ricevuta dal terzo ignorante, ossia in buona fede circa la reale situazione di appartenenza, e purché sia trascorso un quinquennio a far data dalla trascrizione del suo acquisto, prima della trascrizione di quella del vero erede.

Questo doppio richiamo alla materia della pubblicità immobiliare, ossia alla sua ordinaria efficacia dichiarativa e insieme alla sua eccezionale valenza sanante, mi induce, forse per eccesso di pignoleria della quale mi scuso, a qualche noiosa riflessione aggiuntiva. Comincio dalla questione generale circa la influenza della trascrizione sulla natura degli acquisti compiuti dal terzo avente causa da chi possiede beni ereditari a titolo di erede o senza titolo alcuno.

È scontato che siamo di fronte ad una ipotesi di acquisto *a non domino*. La tipologia acquisitiva appena evocata, sebbene descritta da millenni, non è mai riuscita ad assurgere al rango di una categoria concettuale unitaria e logicamente coerente. Si tratta di numerosi casi molto diversi fra loro, per i quali è agevole ricostruire le motivazioni che hanno indotto l'ordinamento a tutelare l'acquirente. In tali circostanze, però, appare quasi sempre provvisorio, opinabile e discutibile il risvolto della que-

stione. Nell'altra faccia della medaglia è rappresentata, per l'appunto, la violazione del diritto del proprietario, che è normalmente estraneo rispetto alle vicende acquisitive del terzo⁵⁰. Che quella degli acquisti *a non domino* non sia una classificazione organicamente coesa lo attesta, al di sopra di ogni ragionevole dubbio, la seguente situazione: esistono ipotesi di acquisto *a non domino* a titolo originario e ipotesi di acquisto a titolo derivativo. Stando così le cose, diviene logicamente impossibile inserire in un unico istituto giuridico meccanismi acquisitivi tanto distanti.

La salvezza dei diritti del terzo avente causa dal falso erede, pur non provenendo il titolo dal proprietario, si deve annoverare nella tipologia degli acquisti a titolo derivativo. Lo dimostra, in aggiunta ad altre motivazioni⁵¹, il richiamo implicito dell'art. 534 c.c. al principio della continuità delle trascrizioni. Non a caso è richiesta la doppia formalità pubblicitaria, tanto del titolo del terzo, quanto dell'acquisto dell'usurpatore contro il *de cuius*, prima della trascrizione operata dal vero erede.

Mi sembra evidente a questo punto che il gioco delle trascrizioni richiamato dall'ultimo comma dell'art. 534 c.c. appartenga alla ordinaria efficacia dichiarativa della pubblicità immobiliare che è tipica del nostro sistema circolatorio incentrato sulla efficacia traslativa del contratto. Il sistema pubblicitario su base personale si accompagna inevitabilmente con il carattere dichiarativo della trascrizione. Chiunque intende avvalersi di tali principi, ossia della priorità della trascrizione che si riverbera sulla prevalenza del proprio titolo negoziale o giudiziale, deve curarsi anche di rispettare il requisito della continuità. Per invocare la priorità nell'ordine cronologico delle trascrizioni, che è l'unico sistema temporale che vale tra più atti incompatibili (*quantunque* l'altro *risalga a data anteriore*), occorre trascrivere «tutti gli atti di acquisto dei precedenti danti causa, immediati, mediati e remoti, senza limiti di tempo»⁵². Sono esclusi ovviamente, lo scrivo a questo punto ai fini della possibile comparazione con la normativa della rivendica, gli acquisti basati su un potere che non è un diritto, come avviene per il possesso.

Il giusto rispetto del requisito della continuità delle trascrizioni, ossia della ordinaria efficacia dichiarativa della pubblicità, attesta che, di fronte

⁵⁰ Qualsiasi caso di acquisto *a non domino* presuppone una menomazione della proprietà. Sulla evidente implicazione è intervenuta anche la Corte costituzionale (3 febbraio 1992, n. 25) con una sentenza il cui relatore è stato, senza dubbio, il più autorevole fra gli studiosi del fenomeno.

⁵¹ Conclude per la natura originaria dell'acquisto del terzo dall'erede apparente F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, cit., p. 202. L'autore citato fornisce una analisi, sintetica e ragionata, delle varie opinioni emerse al riguardo.

⁵² F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 192.

alla peculiare salvezza dei diritti disposta dall'art. 534 c.c., non può che esserci un acquisto a titolo derivativo. La condizione della sicurezza del terzo è delineata dalla previa esistenza di una doppia trascrizione rispetto a quella effettuata dal vero erede che agisce in petizione. In particolare è richiesta, in aggiunta alla priorità della trascrizione del terzo dal potere dell'usurpatore, anche la priorità della trascrizione di quest'ultimo contro il *de cuius*. Ne deriva logicamente che deve trattarsi, in ogni caso, di un bene immobile spettante al patrimonio del *de cuius*. Se il bene immobile non apparteneva al defunto della cui successione si contende il fondamento, l'acquisto del terzo non è opponibile al vero proprietario, assolutamente estraneo alla vicenda successoria della quale si discute. Se nella vicenda dell'erede apparente fossimo alla presenza di un acquisto *a non domino* a titolo originario, la situazione esistente prima dell'acquisto, ossia la proprietà altrui, non produrrebbe alcuna influenza. Conferma la natura derivativa dell'acquisto del terzo anche un'altra circostanza: la assoluta irrilevanza del possesso nella vicenda successoria riguardante l'accertamento della qualità di erede.

In breve, volendo proporre una sintesi, posso avanzare la seguente formulazione. La salvezza del terzo di buona fede per gli acquisti provenienti da chi ha usurpato il titolo di erede, si inserisce nella lunga lista degli acquisti *a non domino*, pur appartenendo alla categoria degli acquisti a titolo derivativo. Che si tratti di un acquisto *a non domino*, lo dimostra la richiesta della buona fede per la salvezza del terzo; che si tratti di acquisto derivativo, lo attesta la presenza della ordinaria efficacia dichiarativa della trascrizione con il richiamo al corollario della continuità della catena delle pubblicità. Buona fede e trascrizione fanno luce sulla natura dell'acquisto previsto dall'art. 534 c.c.

Prima di procedere oltre mi preme ragionare su una circostanza che è sempre legata alla trascrizione immobiliare e che a me pare decisiva.

Gli scrittori⁵³, nell'occuparsi delle questioni relative ai rapporti tra il vero erede e terzi acquirenti dall'usurpatore, hanno più volte invocato il perfetto parallelismo della petizione d'eredità con l'art. 2038 c.c., riguardante la disciplina attuale dell'antica *condictio indebiti*. La materia della alienazione della cosa ricevuta indebitamente appare, per la opinione assolutamente prevalente, molto simile alla vicenda successoria dell'erede apparente che aliena a terzi il bene appartenente ad altri. Sono persuaso, contro la convinzione dominante, che la possibilità di scambio diretto o ana-

⁵³ Sull'argomento limito le citazioni a F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, cit., p. 202; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 500; A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., pp. 197, 198, 200, 203, 206, 208, 210 e 227.

logico tra le due materie debba essere escluso. Lo prova, tra le tante altre cose, la assoluta estraneità della trascrizione immobiliare nei meccanismi delle relazioni intersoggettive tra i protagonisti della vicenda che, utilizzando una risalente terminologia, si possono denominare come *solvens* e *accipiens indebiti* e terzi subacquirenti.

Al contrario del *solvens indebiti*, il vero erede può pretendere la restituzione dell'immobile acquistato dal terzo dalle mani dell'usurpatore, a meno che gli effetti primari o ordinari della trascrizione non salvino il convenuto nel giudizio petitorio⁵⁴. L'erede vero e l'acquirente dall'usurpatore, ai fini della pubblicità immobiliare e della controversia che li vede protagonisti, vengono trattati alla stregua di più aventi causa dal medesimo alienante, ossia dal *de cuius*. Chi agisce in ripetizione, a differenza di quanto avviene nella vicenda successoria, non ha mai niente da pretendere, in termini restitutori, dal terzo acquirente dall'*accipiens indebiti*. La mancata previsione della *condictio* in sede di trascrizione non è una dimenticanza del codice, ma una inevitabile conseguenza della natura stessa dell'azione e delle sue concrete potenzialità. Questa non può mai pregiudicare l'acquisto proveniente dal convenuto che ha ricevuto indebitamente la cosa determinata. Non esiste, quindi, alcun motivo per ordinare cronologicamente la sentenza, meglio il suo atto introduttivo, e l'acquisto del terzo, ossia per stabilire se prima è avvenuta la domanda giudiziaria di recupero della cosa pagata indebitamente o l'atto dispositivo del convenuto.

Se la salvezza del terzo avente causa dall'usurpatore di cui all'art. 534 c.c. è da annoverare nella lista degli acquisti *a non domino*, al contrario l'avente causa dall'*accipiens indebiti* è un acquirente *a domino*. Lo dimostrano l'indifferenza dell'atteggiamento psicologico del subacquirente ed anche la salvezza dell'acquisto gratuito. Lo attesta, inoltre, la seguente circostanza avvalorata dalla mancata previsione, in tema di trascrizione, della domanda volta alla restituzione dell'indebitato: colui che acquista dal convenuto nell'azione di ripetizione, mai si può vedere costretto a perdere il proprio diritto e a riconsegnare la cosa indebita al *solvens* vittorioso nella relativa azione. A differenza di quanto si verifica nelle ipotesi di trascrizione delle domande giudiziali contenute nel nutrito elenco di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., la mancata inclusione della domanda di ripetizione di in-

⁵⁴ Le opinioni prevalenti amano scrivere che nelle vicende successorie non viene in questione il cosiddetto effetto primario della trascrizione di cui all'art. 2644 c.c., bensì un diverso rilievo che la dottrina definisce secondario.

«In realtà, secondario esso non è, ma primario, sia pure all'interno di una fattispecie particolare quale è quella dell'erede (o legatario) apparente. In questo contesto è infatti l'art. 534 che espressamente rinvia (anche) alla trascrizione la fine di risolvere i conflitti che nascono dagli aventi causa da costui». Così ottimamente F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 103.

debito tra gli atti soggetti alla pubblicità ha una spiegazione spesso trascurata, ma abbastanza agevole: la alienazione compiuta dall'*accipiens indebiti* pregiudica sempre il *solvens*. Ovvero, scrivendo la medesima cosa con altre parole, i diritti acquistati dai terzi sono sempre salvi. Risulta, quindi, privo di senso segnalare a quegli stessi acquirenti l'esistenza di una lite che non metterà mai in discussione la titolarità dei loro diritti immobiliari.

Mi scuso per un supplemento di fatica che sto per procurare, ma l'ultima riflessione merita un approfondimento.

A smentire l'opinione prevalente che vede nella azione di petizione di eredità una disciplina analoga a quella della ripetizione dell'indebito, mi preme sottolineare la distanza enorme che allontana la *condictio* dalla disciplina della rivendica. Anzi sarebbe più esatto scrivere che non si tratta tanto di misurarne la lontananza, quanto piuttosto di registrare che le due azioni operano in situazioni opposte. Se la rivendica vede il proprietario nella parte dell'attore, nella ripetizione i ruoli dei contendenti sono invertiti: il convenuto è il proprietario della cosa determinata. La rivendica, almeno sotto il profilo della pubblicità immobiliare, presenta una qualche affinità con la vicenda dell'erede apparente. Se non altro perché, a fronte del più completo silenzio attorno all'azione di ripetizione, le domande di cui all'art. 533 c.c. (art. 2652, n. 7, c.c.) e quella di cui all'art. 948 c.c. (art. 2653, n. 1, c.c.) sono ricomprese nel lungo elenco delle domande giudiziali soggette a trascrizione.

L'oggetto della pubblicità immobiliare non è l'atto, il contratto, la sentenza o la domanda giudiziale in quanto tali, quanto la potenzialità dell'effetto da questi prodotto. Nel caso della rivendica immobiliare, pur constatando che, a differenza dell'art. 534 c.c., l'art. 948 c.c. non prende posizione e non indaga la alienazione compiuta dal possessore convenuto, la trascrizione della domanda giudiziale risolve il conflitto tra l'attore vittorioso e il terzo acquirente ordinando cronologicamente i due atti incompatibili, ossia l'atto di citazione e il contratto di alienazione del bene rivendicato concluso dal convenuto. La trascrizione della domanda giudiziale conviene al rivendicante. Più esattamente, volendo usare la medesima terminologia dell'art. 2653, n. 1, c.c., la sentenza che, riconosciuta la proprietà dell'attore, ordina la restituzione dell'immobile rivendicato, ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal convenuto soccombente in base a un atto trascritto dopo la trascrizione della domanda. Se, per il gioco delle trascrizioni, la sentenza non ha effetto diretto contro il terzo acquirente, niente impedisce al proprietario di iniziare contro lo stesso soggetto una nuova rivendica per recuperare in natura l'immobile conteso. Se ottiene dal nuovo possessore convenuto la restituzione

della cosa, l'attore vittorioso in entrambe le successive rivendiche avente ad oggetto il medesimo immobile, sarà tenuto a restituire al primo possessore soccombente la somma ricevuta, come surrogato della mancata restituzione. Se non ottiene la vittoria nella seconda rivendica, vuol dire che il terzo è diventato il nuovo proprietario. La stessa conclusione si deve trarre quando il vero erede non ottiene dal terzo la restituzione dell'immobile acquistato dall'usurpatore.

A questo punto, tornando all'art. 2038 c.c., è sufficiente la semplice lettura della norma per inserirla, a pieno titolo, nella categoria della circolazione della proprietà per effetto dell'atto dispositivo concluso dal titolare. La assoluta mancanza di riferimenti allo stato psicologico dell'acquirente dall'*accipiens indebiti*, insieme alla assoluta irrilevanza di qualsiasi richiamo possessorio, attestano che il diritto del subacquirente è salvaguardato perché il terzo, ai sensi dell'art. 1376 c.c., ha concluso un contratto dispositivo con il vero proprietario, ossia con l'*accipiens indebiti*. Il *solvens* non può esercitare alcuna pretesa restitutoria nei confronti dei successivi acquirenti dal convenuto. Non c'è motivo, pertanto, di disciplinare un conflitto ordinando cronologicamente, come avviene normalmente per la pubblicità immobiliare, più atti tra loro incompatibili, ossia la domanda di ripetizione e l'acquisto del terzo.

Una riprova della esattezza di tale risultato, ho la presunzione di ribadirlo, può rinvenirsi anche nella mancata previsione dell'azione di ripetizione in materia di trascrizione.

Completate le affaticanti e complicate valutazioni sulla salvezza degli acquisti del terzo che hanno per oggetto beni immobili appartenenti al patrimonio del *de cuius* e dei quali l'erede vero chiede la restituzione, rimane, per l'art. 534 c.c., l'analisi degli acquisti dei beni mobili.

La materia impone un ovvio richiamo alla regola mobiliare di cui all'art. 1153 c.c. Alcuni elementi sembrano, anzi per la verità, sono uguali. Volendoli elencare, va per prima menzionata la circostanza di una alienazione posta in essere dal non proprietario. La qual cosa implica che entrambe le fattispecie, quella della petizione ereditaria e quella del «possessione vale titolo», vanno inserite nell'elenco degli acquisti *a non domino*. Come è caratteristica richiesta in questa specie di acquisti, il terzo si salva se ricorre un suo particolare stato psicologico o comportamentale, che è di ignoranza nel beneficio possessorio e di correttezza contrattuale nella vicenda successoria. Altro elemento comune è la esclusione, per il verificarsi delle due vicende acquisitive, dell'atto gratuito.

Tutti gli altri elementi divergono, a cominciare dalla circostanza che quello dall'erede apparente è un acquisto a titolo derivativo, mentre quella del «possessione vale titolo» è una ipotesi di acquisto originario. Da ciò de-

rivano le differenze più marcate fra le due fattispecie acquisitive che possono sintetizzarsi nel modo seguente. Nell'acquisto originario ricorre la necessità della immissione nel possesso da parte dell'acquirente, che, in tale preciso momento, deve essere in buona fede. Per il terzo, che fa salvi i suoi diritti nei confronti dell'erede vero con una modalità di acquisto a titolo derivativo, non gioca alcun peso la materia possessoria, in conformità alla disposizione cardine della materia della circolazione derivativa contenuta nell'art. 1376 c.c.

Ho finalmente portato a termine questi faticosi e noiosi ragionamenti sul duello che, formulato in termini di pregiudizio o di salvezza dei rispettivi acquisti *inter vivos* e *mortis causa*, si instaura tra l'erede e il terzo avente causa da chi ha usurpato il titolo successorio.

Passo ora all'esame dell'art. 535 c.c. Si tratta di una disposizione meno intricata rispetto a quella contenuta nell'articolo precedente. La sua analisi renderà comprensibili alcune delle stranezze già denunciate, circa il bizzarro modo di legiferare utilizzato dal codice per inquadrare la vicenda successoria della apparenza. L'indagine farà emergere, ne sono convinto, un'ipotesi di tutela compensativa che consiste, lo ripeto, nella predisposizione di un compenso monetario come rimedio per l'azzeramento del diritto di proprietà⁵⁵.

Il primo comma dell'articolo contiene un precetto che, nel pianificare lo scontro processuale tra erede e usurpatore, rimanda alla disciplina «dei diritti e degli obblighi del possessore nella restituzione della cosa». Anzi che il contenuto della prima parte dell'art. 535, ho trascritto esattamente il titolo della Sezione I del Capo II del Libro III del codice civile nel quale sono contenuti gli articoli numerati dal 1148 al 1152. È pacifico che il richiamo del primo comma della norma in commento si riferisca proprio a questa parte del codice civile dedicata agli effetti del possesso. Da questo rinvio, per come si intuisce dall'espressa terminologia adoperata nell'art. 1148 c.c., dovrebbe dedursi, per quanto attiene al contenuto della sentenza di condanna, la piena parificazione del convenuto nell'azione di petizione ereditaria al convenuto della rivendica. In linea di principio, tutto quello che, a favore del proprietario, il codice nell'art. 948 addebita al possessore soccombente, si applicherà anche nei riguardi del vero erede, a carico di chi ha usurpato un acquisto *mortis causa*.

Il secondo comma dell'art. 535 c.c. pone una eccezione a questa disciplina, perché si vuole avvantaggiare e proteggere il possessore di buona fede. Infatti l'usurpatore di buona fede che pure in buona fede ha alie-

⁵⁵ In questo senso si è espresso A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 198.

nato una cosa dell'eredità, «è solo obbligato a restituire all'erede il prezzo o il corrispettivo ricevuto». Quell'avverbio, sinonimo di solamente o soltanto, serve a limitare la misura e la estensione della responsabilità stabilita in precedenza, con il rimando alla materia possessoria. Sta a significare che soltanto il doppio atteggiamento psicologico del convenuto scongiurerà per lui l'applicazione della regola generale prevista nel primo comma. Anche se manca in tal senso una indicazione espressa, è opinione prevalente⁵⁶ e persuasiva che all'erede apparente in mala fede sarà riservato un trattamento più severo. Precisamente si applicherà la regola del primo comma, ossia lo stesso trattamento riservato al convenuto della rivendica.

Il terzo comma chiarisce il significato della buona fede in chi ha usurpato un acquisto a causa di morte.

Quella delineata è una configurazione soltanto descrittiva dei rapporti tra erede vero e quello apparente, definito quest'ultimo anche in termini di possessore, con titolo o senza, di cose della eredità. Dalla semplice esposizione dell'art. 535 c.c. emerge, però, una situazione che mi preme segnalare immediatamente. La previsione normativa del secondo comma, ossia l'esistenza di un convenuto doppiamente in buona fede, non può mai avverarsi nell'esercizio della azione di rivendica.

Chi, dopo avere alienato, ha consegnato la cosa all'acquirente, non può essere convenuto in rivendica. Solo se il possesso è cessato dopo la citazione, l'azione può proseguire. In questo caso è evidente che il convenuto non può essere in buona fede. Provo a illustrare meglio queste prerogative basilari della rivendica, in contrapposizione a quello che va emergendo nella vicenda successoria della apparenza.

L'assenza di qualsiasi rilevanza dell'atteggiamento psicologico del possessore sulle conseguenze della mancata restituzione della cosa rivendicata costituisce un dato inequivocabile. Superando la stessa valenza del principio generale contenuto nell'ultimo comma dell'art. 1147 c.c. (*mala fides superveniens non nocet*), dal momento della citazione il convenuto in rivendica è equiparato a quello in mala fede. Per inquadrare la responsabilità del possessore, poiché la dismissione del possesso deve avvenire dopo l'inizio della rivendica, qualsiasi convenuto è automaticamente considerato perfettamente consapevole del suo obbligo restitutorio. Ovvero, con diversa ma collimante motivazione, l'atteggiamento psicologico del convenuto è indifferente, perché il possessore nel giudizio petitorio va comunque considerato in mora per effetto della domanda giudiziale. Non avrebbe allora senso alcuno, in sede di rivendica, alleggerire la responsabilità del

⁵⁶ F.D. BUSNELLI, *Erede apparente*, cit. p. 206; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, II, cit., p. 499; A. NICOLUSSI, o.c., p. 200.

possessore subordinandola al suo atteggiamento mentale. È comunque impossibile che, in relazione all'obbligo di restituzione della cosa rivendicata, sia configurabile un convenuto in buona fede.

In altri termini, il secondo comma dell'art. 535 c.c. prevede una fattispecie esclusa dal paradigma della rivendica. «Il possessore di buona fede, che ha alienato pure in buona fede una cosa dell'eredità» non è una persona contro cui può essere indirizzata una pretesa rivendicatoria. Se il possessore ha alienato in buona fede non può essere un legittimato passivo nella rivendica. Per effetto dell'art. 948 c.c., la cessazione del possesso come conseguenza di una alienazione deve avvenire dopo la citazione. Se avviene prima, la rivendica non è esperibile contro l'alienante. In breve, sia per il riferimento all'atteggiamento psicologico, sia per la circostanza decisiva che l'usurpatore non è più nel possesso del bene, il secondo comma dell'art. 535 c.c. descrive un contesto assolutamente estraneo alla rivendica. In linea di principio il possessore che ha alienato non è catalogabile, come si suggerisce fin dai tempi di Ulpiano, tra coloro *qui tenent et habent restituendi facultatem*.

Richiamo l'attenzione di chi legge sulla seguente circostanza: comincia a profilarsi una condizione che, con manifestazione evidente, documenta l'esistenza della tutela compensativa. Si è sicuramente alla presenza di questo particolare rimedio, quando a colui che agisce in giudizio viene riservato un trattamento opposto rispetto a quello assegnato all'attore della rivendica. Nel caso dell'art. 535 c.c. il vero erede può convenire in giudizio un soggetto che, per definizione, è escluso dalla operatività della rivendica.

A rigor di logica dovrebbe avvenire qualcosa di diverso. Provo a ipotizzare un contesto processuale nell'ottica della difesa della proprietà spettante all'erede.

Nella vicenda successoria, quando l'erede agisce in giudizio per ottenere il riconoscimento della sua qualità, è certo che miri alla restituzione dei beni che ora gli appartengono e che prima erano compresi nel patrimonio del *de cuius*. Chi ha il possesso del bene, è, con tutta evidenza, l'unico soggetto in grado di restituirli. Costui si identifica, per il modo con cui è strutturata la disciplina codicistica dell'eredità apparente, nel terzo acquirente dall'usurpatore. Solo costui potrebbe eseguire la condanna alla restituzione ai sensi dell'art. 533 c.c. Solo costui sarebbe anche potenzialmente convenibile con la rivendica la quale, lo ribadisco, rappresenta l'unica dimensione della effettiva tutela proprietaria. Diviene innegabile, allora, che, ragionando astrattamente, si finisce con il ritrovarsi inseriti nel contesto di cui all'art. 534 c.c. che riguarda, per l'appunto, l'azione dell'erede contro l'avente causa da chi possiede a titolo di erede o senza titolo.

Comincia a farsi chiarezza sulla stranezza, già in precedenza denunziata, sul modo con cui il codice ha affrontato le questioni riguardanti la figura dell'erede apparente. Mi ero meravigliato che il legislatore cominciasse l'analisi partendo dalla relazione tra erede e terzo subacquirente, anziché da quella centrale intercorrente tra il erede vero e l'usurpatore. Se l'erede vero ottiene dal terzo la restituzione del bene caduto in successione, la contesa giudiziale si può fermare a quel punto; l'apparenza è fuori gioco, essendo esclusa la salvaguardia dell'acquisto del terzo. Non esisterebbe alcun motivo per deviare dalle normali regole della tutela della proprietà a vantaggio della sicurezza dei traffici giuridici.

Petizione di eredità e rivendica, fino a questo punto, coincidono perfettamente: l'attore agisce contro il possessore e ottiene la restituzione del bene che gli appartiene, perché è erede o perché è proprietario. Petizione di eredità e rivendica coincidono anche per un profilo successivo: se il proprietario non ottiene la restituzione del bene, il possessore che ha cessato per fatto proprio di possedere e l'erede apparente in mala fede devono corrispondere il valore del bene, oltre a risarcire il danno. Ribadisco che l'erede apparente in mala fede, in conseguenza dell'acquisto efficace del terzo, incorrerà nelle stesse conseguenze, come si intuisce dal richiamo contenuto nella lettera del primo comma dell'art. 535 c.c., cui va incontro il convenuto in rivendica. Per tutto il resto le due azioni petitorie che mirano entrambe, almeno in linea di principio, alla pronuncia di condanna del convenuto alla restituzione, si allontanano.

Infatti, se l'acquisto del terzo viene salvato, il vero erede potrà rivolgersi al dante causa del terzo salvaguardato, ossia all'erede apparente. Contro costui, che è poi il vero antagonista che dà il nome alla intera vicenda che sto analizzando, non si profila una condanna volta alla restituzione del bene caduto in successione, ma soltanto una riparazione monetaria corrispondente al prezzo o al corrispettivo ricevuto. Si tratta comunque di una limitazione di responsabilità che avvantaggia esclusivamente l'erede apparente in buona fede che ha alienato, pure in buona fede, una cosa dell'eredità. Se l'erede apparente non ha ancora ricevuto dal subacquirente il corrispettivo o il prezzo, l'attore, ossia il vero erede, rimpiazza il convenuto nel diritto di conseguirlo.

Tale surrogazione merita un approfondimento. Si tratta di un rimedio concesso al vero erede e consiste nel diritto di subentrare al posto dell'usurpatore per conseguire il prezzo o il corrispettivo ancora dovuto dal terzo subacquirente. Si tratta di una soluzione che dimostra, ove ce ne fosse ancora la necessità, l'azzeramento del diritto di proprietà del vero erede.

Non è possibile una diversa spiegazione. Mi sembra paradossale anche

il solo sospettare che lo stesso fenomeno di trasmissione *ex lege* di singole prestazioni contrattuali, ossia il diritto di subentrare nella pretesa al corrispettivo di una vendita intercorsa con altri soggetti, possa avvenire quando il proprietario agisce, ai sensi del secondo comma dell'art. 948 c.c., con la successiva rivendica nei confronti dell'acquirente dal precedente possessore soccombente. Mi sembra fuori dalla realtà soffermarsi e prendere in considerazione la seguente ipotesi: immaginare che il proprietario, quando agisce contro l'acquirente dal possessore perdente nel precedente giudizio petitorio, possa considerarsi come colui che subentra nel diritto dell'alienante, ossia del non proprietario. È proprio questo, a mio avviso, l'assunto che, preso atto e registrato l'opposto regime esistente tra l'attore della rivendica e il vero erede, dimostra l'esistenza di una tutela compensativa.

La limitazione della responsabilità dell'usurpatore in buona fede e la surrogazione dell'erede nel diritto a pretendere dal subacquirente il prezzo o il corrispettivo che deve ancora essere corrisposto, ossia il contenuto del secondo comma dell'art. 535 c.c., dimostrano che l'erede ha perso definitivamente il diritto sui beni della successione. Il proprietario *mortis causa*, come compenso per l'azzeramento della titolarità, ottiene una somma di denaro che non corrisponde, come invece dovrebbe avvenire se la proprietà fosse tutelata, al valore della cosa e al risarcimento del danno subito. Nella vicenda della eredità apparente non ricorrono nemmeno gli estremi dell'illecito contrattuale o aquiliano, ma semplicemente il soddisfacimento di un interesse superiore legato alla sicurezza dei traffici giuridici dei beni caduti in successione.

Rimangono, per concludere, altre due questioni da affrontare sulla tutela compensativa relativa alla petizione di eredità: gli acquisti a titolo gratuito del terzo dall'erede apparente e le alienazioni compiute dall'erede del depositario.

Se ci fosse una donazione, almeno in linea di principio, la salvezza del diritto acquistato dal terzo dal potere dell'usurpatore non dovrebbe mai prodursi in pregiudizio dell'erede. Il secondo comma dell'art. 535 c.c. pone, infatti, un contenimento della responsabilità dell'usurpatore doppiamente in buona fede limitandola al solo prezzo o corrispettivo ricevuto, e stabilisce la eventuale surrogazione a favore dell'erede se l'obbligazione monetaria è ancora dovuta. Il tutto si basa sull'ovvio presupposto che l'art. 534 c.c. non prevede per il terzo alcuna salvaguardia, se costui da convenuto oppone all'erede un acquisto gratuito proveniente dall'usurpatore. A giustificazione della esclusione della donazione, si è soliti richiamare la saggezza contenuta nell'antico brocardo secondo cui dovrebbe preferirsi l'erede *qui certat de damno vitando*, piuttosto che proteggere il terzo donatario *qui certat de lucro captando*.

Se il terzo non fa salvo il suo acquisto ai sensi dell'art. 534 c.c., dovrà restituire il bene della successione al vero erede. Se ciò accade, non potrà profilarsi la obbligazione monetaria dell'usurpatore nei confronti dell'erede. Non ci sarà motivo di prospettare una tutela compensativa per la perdita del diritto, che non si è realmente verificata in pregiudizio dell'erede. Non ci sarà motivo di esaminare le implicazioni sulla invalidità della donazione posta in essere dall'erede apparente, in quanto non proprietario.

A smentire la trama e il fondamento dei precedenti ragionamenti, esiste, però, la norma dell'art. 2652, n. 7, c.c. In essa si fanno salvi i diritti acquistati dal terzo di buona fede *a qualunque titolo*, purché siano decorsi cinque anni dalla trascrizione del suo titolo prima della trascrizione della domanda giudiziale del vero erede. In questo caso niente sarà dovuto all'erede che vede comunque azzerato il suo diritto immobiliare. Siamo di fronte ad un sistema che, anziché difendere il proprietario, anche con l'estremo rimedio della garanzia compensativa, preferisce tutelare un atto radicalmente nullo, quale è, a mio avviso, la donazione di cosa altrui. Siamo in presenza di una fattispecie acquisitiva del tutto estranea alla nostra tradizione della circolazione giuridica dei beni. Questo effetto, analogamente a quanto previsto per le domande di nullità e di annullamento contrattuale disciplinate al n. 6 del medesimo articolo, si è soliti attribuirlo ad una efficacia sanante della pubblicità immobiliare⁵⁷.

L'art. 535 c.c. prevede una tutela compensativa a favore dell'erede, in conseguenza del sacrificio impostogli, che consiste nella perdita della proprietà sul bene appartenente al patrimonio del proprio *de cuius*. Il compenso monetario non è posto a carico del soggetto cui viene attribuita la titolarità, come si verifica per le ipotesi di accessione, ma è addebitato al suo dante causa, ossia al possessore a titolo di erede o senza titolo. Se costui risulta doppiamente in buona fede, vedrà limitato il proprio debito pecuniario al corrispettivo ricevuto dal nuovo proprietario. «Se il prezzo o il corrispettivo è ancora dovuto, l'erede subentra nel diritto di conseguirlo».

La medesima disciplina è applicata dall'art. 1776 c.c. all'erede del depositario che ha alienato in buona fede la cosa che ignorava essere tenuta in deposito.

A prima vista sembra una fattispecie perfettamente rientrante nel contesto della petizione di eredità, quando, per usare la terminologia immobiliare dell'art. 2652, n. 7, c.c. che appare fuori luogo per il contratto di deposito, si inizia una controversia nella quale si contesta il fondamento di un acquisto a causa di morte.

⁵⁷ Sulla questione v. C. ARGIROFFI, *Caducazione del contratto ad effetti reali*, Napoli, 1984, p. 166 ss.

Per la verità esistono molte differenze tra le due ipotesi⁵⁸, a cominciare dalla circostanza che ad alienare non è un erede apparente, ma l'erede vero del depositario che, soltanto con una fervida fantasia, può essere considerato alla stregua di un possessore del bene altrui, come avviene invece per la fattispecie di cui agli artt. 533 ss. c.c. Non esiste poi, nel caso della morte del depositario, una disposizione analoga alla previsione dell'art. 534 c.c. Non esiste, ossia, alcuna previsione normativa che determini una eventuale salvezza del terzo che acquista dal vero erede di chi, in vita, ha avuto la semplice detenzione del mobile depositato.

Sono persuaso che l'art. 534 c.c. non si possa applicare al caso del deposito di cui all'art. 1776 c.c., neppure in forza di interpretazione analogica. Vi è da aggiungere che la salvezza del terzo potrebbe realizzarsi *aliunde*. In proposito, trattandosi di mobili, si potrebbe pensare al beneficio possessorio che, previsto nell'art. 1153 c.c., viene erroneamente individuato come la regola del «possesso vale titolo»; esso in realtà, per maggiore aderenza alla sua storia, si dovrebbe indicare con l'ossimoro «usucapione istantanea». Se così fosse, o l'obbligazione pecuniaria posta a carico dell'erede del depositario, o la surrogazione del depositante nel diritto dell'alienante a pretendere il corrispettivo ancora dovuto, assumerebbero i contorni della tutela compensativa.

A questo punto, sulla scorta dell'art. 1776 c.c., si potrebbe imbastire un ragionamento più ampio. Si potrebbe prospettare la esistenza di una tutela compensativa a favore del vecchio proprietario che subisce la perdita del suo diritto per effetto della usucapione realizzata da altri. Per queste ipotesi sarebbe, però, alquanto difficile individuare l'esistenza di un interesse superiore, rispetto alla semplice tutela della vecchia titolarità.

CARLO ARGIROFFI

Abstract

La tutela compensativa consiste in una riparazione monetaria corrisposta al titolare quando, per il soddisfacimento di un interesse superiore, il diritto di proprietà è azzerato. Si tratta di un rimedio che si differenzia dal risarcimento da illecito, di cui comunque non ricorrono i presupposti. L'essenza della protezione compensativa è emersa storicamente nelle diverse ipotesi di accessione e nella vicenda successoria dell'erede apparente. Questa idea di compenso monetario come difesa estrema del *dominium* si va anche consolidando come tutela costituzional-

⁵⁸ Esclude l'eguaglianza con l'art. 535 c.c. A. NICOLUSSI, *Lesione*, cit., p. 235 ss. L'autore rileva che la norma sul deposito, a differenza di quella sulla petizione ereditaria, «interviene in una ipotesi d'inadempimento dell'obbligo contrattuale (*ex deposito*) di restituzione della cosa».

mente orientata, nonché, alla maniera di una nuova frontiera, nella interpretazione sistemata secondo i parametri del diritto comunitario.

Compensation following public taking of individual property consists of a payment of a sum of money by the authority to compensate the owner of the deprivation that he suffers in consequence of the lawful pursuit of the public interest. It differs from damages as it does not require the commitment of an unlawful act. There are many instances where Italian law has applied the doctrine of compensation, such as in the case of heir apparent, etc. Compensation is gradually becoming a form of constitutionally oriented principle safeguarding individual sacrifices in the name of a superior interest and also a new frontier to make domestic law compatible with European law.